CRISIS IVRIDICA

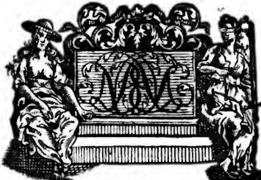
QVA

VINDICIAE VERBORVM POSTREMORVM PAR. VLT. I. DE NVPTIIS

ADVERSVS EMENDATIONES

INTEMPESTIVAS

EXHIBENTVR



CVM PRIVIL. SACR. REG. MAI. PRVSS.

HALAE MAGDEBVRGICAE

SVMPTV NOVI BIBLIOPOLII

M DCC XIX

Digitized by Google

Digitized by Google

LECTORI BENEVOLO

S. & O.

SVnt, qui ſacrilegii inſtar habeant, vel leuiſſime dubitare de iis, quae ex venerandae antiquitatis traditione vulgo creduntur. Ex aduerſo alii praeconceptas opiniones, quantumuis inueteratas, non inuiti exuunt, quoties mortalium ingenia etiam per longiſſimam temporum ſeriem aliquid humani paſſa

Praefatio de vitando nimio ſtudio

paſſa fuiſſe rationibus euidentibus conuincuntur. Hos ego & maxime veneror, & qualibuscumque paſſibus ſequendos cenſeo. Viciſſim non probo ſine ſufficiente cauſſa nouaturientes. Nec ſi e ſpecioſa ſententiarum communi eruditorum calculo probatarum oppugnatione laureola ſperari poſſit, tanti puto, praeter neceſſitatem fluctus in ſimpulo excitare. In primis vbi periculum ſubeſt, ne, concuſſis iuriſprudentiae fundamentis legumque auctoritate labefactata, certi adhuc iuris reliquiae, per ſe ſatis tenues, inſtabili laſciuientium ingeniorum arbitrio penitus ſubiiciciantur. Potius minime dedecori duco, veteres aduerſus iniquas recentiorum cenſuras etiam tueri. Idque

& contemptu antiquitatis.

que praeſenti commentatione tentare, ac receptae Inſtitutionum lectioni, vetuſtorum Codicum fide nixae, ſuppetias ferre animus eſt. Quod dum aggredior, minime diſſimulo, inueniri plura, in ipſis rerum argumentis fori induſtriam exercentia, quibus iuriſprudentiae cultor oleum operamque vtilius impendat. Sed forte nec piaculum reputabitur, amoenitates iſtas melioribus curis frugaliter interpoſuiſſe. Maxime ſi vtile dulci miſceatur, quod meo iudicio praeſtat, quiſquis eadem opera occaſionem praebet cauendi, ne, fructibus neglectis, nimio florum amore, etiam imaginariis & noxiis colligendis irreparabile tempus perdatur. Vtrumque parietem vno colore de- *Eius vtilitas.*

Digitized by Google

Prolixitatis excuſatio.

albare mihi propoſitum fuit. Eaque ratio eſt, quare minus mihi a digreſſionibus, etiam prolixioribus, temperauerim. Eas igitur, ſi tibi in eis nimius videbor, non defendo: tantum vt materiae ſterilitatem aliquantum compenſantes excuſari opto. Igitur, qua es humanitate, qualeſcumque conatus aequi conſule & vale. Menſ. Mart. cIↃIↃCCXIX.

Σύνοψις.

Cap. I.

De Lectione ac emendatione verborum poſtremorum §. vlt. l. de nuptiis generalia.

§. I. *Introitus* de emendationibus Ictorum. Thema diſſertationis. p. 1

§. II. *Ordo dicendorum*. Argumentum capitis I. II. III. IIII. V. VI. 2.

§. III. *Textus Iuſtiniani* verba noſtra *praecedens* eodem titulo X. et praecedente, in ipſo § noſtro. 3.

§. IIII. *Verba Iuſtiniani*, de quibus nunc quaerimus. 4.

§. V. *Dubia* aduerſus eadem: a) *liberos poſt dotem natos Iuſtiniani Conſtitutione non declarari legitimos*, 4.

§. VI. b) *multo minus legitimari*, cum ſine dubio ſtatim, ut naſcuntur, legitimi ſint. 5.

§. VII. c) Aliud *dicendum fuiſſe*, nempe *de caſu non* exiſtentium liberorum *ſuperuenientium*. 6.

§. VIII. *Iudicium noſtrum* de hac re hic ſuſpenſum. Concluſio huius capitis. 6.

Cap. II.

Triga emendationum auctoribus Ictis in Gallia natis.

§. I. *Emendationes variae* noſtri textus. 7.

§. II. Emendatio *I. CVIACII* in textum recepta. 7.

§. III. *Eius naeui* 1) *pugna cum codicibus* vnanimibus, negata nec curata a Cuiacio. 8.

§. IIII. 2) *Difficultas non ſublata*. 8.

§. V. Emendatio *II. MVRETI*. 9.

§. VI. *Eius ſenſus*, Graeciſſans, adeoque ab ingenio Triboniani non alienus. 9.

§. VII. Eius *naeui*: 1) *nimia ſubtilitas*, coniecturam ſuſpectam reddens, 10.

§. VIII.

§. VIII. 2) *imbecillitas in tollendo dubio remiſſiue.* 11.
§. VIIII. Emendatio *III. Fr. Hotomanni* aliis probata. 12.
§. X. *Eius ſenſus* commodiſſimus. ib.
§. XI. *Obiectio* : *Quaeſtionem eam Domitianam videri.* 12.
§. XII. *Reſponſio* 1) *de ea potuiſſe dubitari* propter opinionem iuris noui, adeoque ſtricte interpretandi, ac diuerſitatem rationis. 13.
§. XIII. Reſponſio 2) *re ipſa dubitatum fuiſſe.* 14.
§. XIIII. *Naeuus* huius emendationis *violentia.* 15.
§. XV. *Exceptio* : *In loco deplorato quiduis licere. Replicatio*: negatur 1) verba haec adeo deſperata eſſe, ac 2) tantum ius ex neceſſitate oriri. 16.

Cap. III.

Emendatio recens illuſtris Belgae.

§. I. *Emendatio* Celeb. *Bynkerſhoekii* ET in VT mutantis Eius ſenſus & euidentia. 17.
§. II. Diſſenſus Criticorum. *Dubia circa eandem* emendationem. 17.
§. III. 1) *Difficultas* ex textu *non ſublata*, particula VT legitimatis Iuſtiniani beneficium pariter tribuente. 18.
§. IIII. 2) *Diſcordia cum Iuſtiniani Conſtitutione*, legitimatos legitimis aequante, his vero nihil tribuente. 19. 20.
§. V. 3) ταυτολογία, cum Iuſtinianus praemiſerit, nuptias ſubſequentes legitimare, quod ſic otioſe repeteretur. 21.
§. VI. *Exceptio* : Gloſſematum abuſu vitato μακρολογίας eſſe tolerandas. 21.
§. VII. *Replicatio*, ταυτολογίαν α) hic nimis euidentem, β) numquam in textum nouiter intrudendam videri, 22.
§. VIII. Minus obſtat 4) *particula SIMILITER*, quae hic opus habet tranſpoſitione, non temere admittenda, ſed hic fide MSS. nixa. 23.
§. VIIII. *Tentamen nouae interpretationis* verbi VT pro QVASI: tamquam illegitimi fingantur ex ſubſequentibus nuptiis nati, 24. 25.

§. X.

§. X. *Obiectio 1) Potius fingi praeceſſiſſe matrimonium.* Ratio 1. 2. 3. 26.

§. XI. *Reſponſio: Falſo fingi hanc fictionem retrotractionis,* reiecta rat. 1. 2. 3. falſa illius conſectaria. 27.

* *Not. A.* Senſus legis 10. C. d. natur. lib.

Not. C. Adulterini &c. legitimationis nequidem iure Nouellarum capaces.

§. XII. *Obiectio 2.) fictioni huic obſtare impoſſibilitatem,* cui vitandae natalium reſtitutionem in legitimandis liberis ancillae requiſitam videri, nec Principem impoſſibilia fingere poſſe. 28.

§. XIII. *Reſponſio Principem* pro lubitu legitimare *et impoſſibilia fingere.* Non obſt. Nou. 18. c. f. quae natalium reſtitutionem in matre non requirit. 29.

* *Not. F.* Exemplum fictionis impoſſibilis.

§. XIIII. *Confutatio gemina* ex d. Nou. c. f. et ſilentio legum 31.

§. XV. *Fictionum natura,* neceſſitas nulla, ratio apud Romanos alibi ceſſans. 32.

§. XVI. Conſectarium, *legitimationem fieri ſine fictione* in primis difficili. 33.

* *Not. A.* Æquiparatio liberorum ante coniugium & eo conſtante natorum facta quoad effectum, non cauſſam.

Cap. IIII.

Nouae emendationes tentatae.

§. I. *Facilitas emendationibus inuentis nouas addendi.* 34

§. II. Applicatio ad noſtrum verſum. *Emendatio I. ſi loco PROCREATI reſcribatur PROCREATIS.* 35.

§. III. *Modeſtia huius reſtitutionis,* quae vix leuiſſimam mutationem continet, ſed meram explicationem geminationis facile praeteruiſae. 35.

§. IIII. *Senſus reſtitutionis,* ampliatio ad caſum, ſi liberi ſuperuenerint, conſtitutioni Iuſtiniani conuenientiſſima. 37.

§.V. *Dubia* aduerſus hanc reſtitutionem : 1) Hoc ſenſu iam *ſufficere Cuiacii emendationem. Reſponſio*, eam eſſe nimis violentam. 38.

* *Not. E.* Senſus l. 15. §. vlt. ff. d. vſufructu.

§.VI. Dubium 2) *ampliationem eſſe ſuperfluam. Reſponſio:* α) non omnia, quae certa ſunt, eſſe ſuperuacanea, β) nec deeſſe rationes dubitandi γ) et de facto controuerſiam incidiſſe. 39.

§.VII. Dubium 3) *legitimationem non euerti alio matrimonio foecundo. Reſponſio:* α) id non probari argumento incerto a contrario ſenſu, β) idem obiici poſſe Conſtitutioni Caeſaris, γ) ſed eius menti repugnare. 40.

§. VIII. Emendatio *II. vice PROCREATI, legendum NON PROCREATIS* : Cum non inſolitum ſit, inſeri negationem. 41.

§. VIIII. *Obiectio* : *periculoſam eſſe licentiam inſerendi particulam NON.* 42.

§.X. *Reſponſio* : α), parem rationem eſſe aliarum emendationum, β) adeoque ſufficere procliuem errorem, eundemque patere. 43.

§.XI. *Emendatio III. inſerta voce CARENTI.* Eius ſenſus. 44.

§.XII. *Excuſatio intruſae vocis integrae*, ſed quam excidiſſe probabile eſt. 45.

Cap. V.

Lectio recepta ab emendationibus intempeſtiuis vindicata.

§.I. *Connexio. Quaeſtio*, *vtrum emendatio hic neceſſaria*, et Critici officio conueniens? 46.

§.II. *Negatur.* 1) etiam poſito naeuo *ob hallucinationem* α) *Triboniano* in Inſtitutionibus *familiarem* 47.

* *Not. A.* Error Triboniani in §. 3. I. de Lege Falcidia.

§. III. b) *Similem circa ſenſum l. 10. C. de nat. lib.* quae de legitimatione non agit, ſed falſo de ea explicatur in Inſt. Cod. & Nouellis. 49.

§. IIII.

§. IIII. *Et conſenſum* c) *veterum legum* Conſtantini M. Zenonis et Iuſtiniani. 51.

* *Not.* D. Vindiciae Theophili iniuria vapulantis in deſcribenda origine Senatus Conſulti Macedoniani.

§. V. *Ac* d) *Theophili Graeci Paraphraſtae fide digniſſimi.* 52.

§. VI. Neceſſitas emendationis negatur 2) *negato naeuo Triboniani,* qui ſatis habuit excerpere. *Praeſumtio* pro Triboniano *recte excerptae Conſtitutionis* Iuſtiniani. 54.

§. VII. Nec obſtat, quod inde ſequatur *naeuus Imperatoris ſaepius errantis* etiam circa legitimationem. 55.

§. VIII. *Conſenſus Iuſtiniani praeſumptus ob Conſtitutionis* Imperatoriae *omiſſionem* 56.

§. VIIII. *vel mutilationem* in Codice *probabilem;* 57.

§. X. *immo certam,* teſtimonio ipſius Imperatoris. 58.

§. XI. *Conſenſus legum extantium* Codicis, ac Nouellarum. 59.

§. XII. *Obiectio: probabilius actum fuiſſe de caſu liberorum non ſuperuenientium* ob α) l. 11. C. d. nat. lib. β) duplicem allegationem Conſtitutionis, γ) ſimilitudinem §. 2. I. de her. 60.

§. XIII. *Reſponſio* α) non omnes Conſtitutiones Inſtitutionibus inſertae, β) ad duas quaeſtiones eadem lex bis allegari γ) et in repetitione eiuſdem doctrinae variari poteſt. 61.

§. XIIII. *Anacephalaeoſis* §. I. II. III. IV. V. VI. VII. VIII. VIIII. X. XI. XII. XIII. 62.

Cap. VI.

Sententia lectionis receptae ab erroribus perperam imputatis vindicata.

§. I. *Senſus noſtri textus,* vtrum ſecundum vulgarem ſententiam tolerari poſſit, an ſaltem commodior ſaluis verbis erui.

§. II. *Difficultas in interpretatione vulgari ob legitimos natales liberis poſt ſubſequentes nuptias procreatis* abſque dubitatione *competentes* nec Iuſtiniani beneficio debitos. 64.

§. III.

§. III. *Reſponſio: 1) Eos in dubium vocatos omnino* aetate Conſtantini, Zenonis et Iuſtiniani, adeoque ab eo definitos, licet inepte de iis ambigeretur. 65.

§. IV. Reſponſio 2) *nec ſine cauſſa* apparente dubitatum fuiſſe, cum noſtra legitimatio ad concubinarios non fuerit reſtricta. 66.

§. V. *Nouae interpretationes* noſtrorum verborum, plures ſenſus admittentium. 67.

§. VI. *I.* non de liberis ſuperuenientibus, ſed *de legitimatione ante nuptias natorum ad effectum fraternitatis*, quam non operabatur oblatio curiae. 68.

§. VII. *II. de liberis* non poſt nuptias ſed *poſt Iuſtiniani edictum natis*, qui et ipſi, ſecus ac ex conſtitutione Zenonis, legitimantur. 69.

§. VIII. *III. de nepotibus* et ulterioris gradus deſcendentibus, quibus pariter prodeſt legitimatio, etiam patre mortuo, quare de his capi poſſunt Inſtitutiones. 71.

§. VIIII. *Praeſidium harum interpretationum in* mutilatione legum Codicis et *Nouellis* 72.

§. X. *Interpretatio ſpuria de nuptiis ſine dotalibus inſtrumentis.* Ratio dubitandi. Ratio decidendi. 73.

§. XI. *Fons genuinae interpretationis* in Conſtitutionibus Codicis, ad quem Inſtitutiones reſpiciunt. 75.

§. XII. *Lex 10. C. de natur. liber.* excerpta in Inſtit. 76.

§. XIII. *L. 11. C. eodem.* 77.

§. XIIII. Tres *eius partes*, quarum ultimam et primam Inſtitutiones praetereunt, ſecundam referunt. 78.

§. XV. *Loci noſtri interpretatio genuina. Paraphraſis* interlinearis. 79.

VINDI-

VINDICIAE
VERBORVM POSTREMORVM
§. VLT. I. DE NVPTIIS

CAP. I.
DE
LECTIONE AC EMENDATIONE
VERBORVM POSTREMORVM
§. *VLT. I. DE NVPTIIS* GENERALIA.

I.

Introitus de emendationibus ICtorum.

NOrunt optime, qui vetuſtos codices attentius perluſtrant, quot ii quantiſque mendis deformentur. Nec ab ea labe immunia ſunt volumina, quibus iura Iuſtinianea comprehenduntur. Ea ratio mouit atque etiam nunc mouet plures Iureconſultos eruditiſſimos, vt in id ſummo conatu incumbant, vt & diligenter conſulant

Digitized by Google

codices manu exaratos, &, ſi nec eorum ſcriptura placeat, ex ingenio reſtituant loca, quae ipſis in Iuſtiniani legibus deſcribentium vitio deprauata, vel alia ratione corrupta videntur. Hunc in cenſum referri ſolent verba poſtrema tituli Inſtitutionum de nuptiis. Vnde factum eſt, vt varii de variis medelis morbo, quem ſubeſſe putabant, afferendis cogitauerint. Quod cum mihi quoque occaſionem praebuerit in locum illum diligentius inquirendi, coepi de eo aliter, quam vulgo factum vidi, ſentire. Igitur cum minime mihi vitio verſum iri ſperauerim, ſi eadem, qua alii, libertate, quid mihi venerit in mentem, referam; huncipſum verſum exercitationi iuridicae deſtinaui, &, quae argumento huic illuſtrando inſeruitura videbuntur, explicare decreui.

Thema diſſertationis.

II.

Ordo dicendorum. Argumentum capitis I.

Id ergo inſtitutum vt ordine exequerer, placuit meditationem iſtam in ſex partes diſpeſcere. Primum de lectione & emendatione verſus noſtri generatim agere conſtitui.*a*) Deinde ad aliorum inuenta progreſſurus,
II. quid ii praeſtiterint, qui ante noſtra tempora in loco hoc
III. emendando ſudarunt, inueſtigabo *b*). Poſtea recentiſſimam illuſtris Belgae lectionem referam, & quid in illa
IIII. deſiderem, exponam *c*). Hinc periculum faciam, annon alias eaſdemque minus incommodas, quam hucusque prodierunt, emendationes reperire liceat *d*). Por-
V. ro quae pro communi lectione facere videbuntur, in
VI. medium proferam *e*). Denique tentabo, vtrum eius, qua

§. II.

a) *hoc capite.* *b*) *cap. II.* *c*) *cap. III.* *d*) *cap. IIII.* *e*) *cap. V.*

qua vtimur, lectionis ſenſus vel ſecundum vulgarem interpretationem defendi, vel nouis & commodioribus explicationibus iuuari, atque adeo ipſa, qualis eſt, retenta excuſari poſſit & ab iniuria & violentioribus remediis imminente vindicari *f*).

III.

Textus Iuſtiniani verba noſtra *praecedens* eodem titulo XI. & praecedente.

Principio, quo commodius de hac lite iudicari queat, non ipſa tantum verba, de quibus diſceptatur, ſed & integram orationis ſeriem, qua illa praecedentibus cohaerent, lectorum oculis ſubiiciemus. Itaque Iuſtinianus, poſtquam iuſtis nuptiis procreatos in patria poteſtate eſſe docuit *a*) & quid ſint nuptiae *b*), ac inter quos contrahi poſſint nec ne *c*), oſtendit, poenaſque iniuſti coniugii definiuit *d*); patriam poteſtatem aliquando in filio ex legitimis nuptiis haud natos oblatione curiae & ſubſequente matrimonio acquiri tradit verbis ſequentibus *e*): *Aliquando autem euenit, vt liberi, qui ſtatim, vt nati ſunt, in poteſtate parentum non ſunt, poſtea redigantur in poteſtatem patris: qualis eſt is, qui dum naturalis fuerat, poſtea curiae datus poteſtati patris ſubiicitur, nec non is, qui a muliere libera procreatus, cuius matrimonium minime legibus interdictum fuerat, ſed ad quam pater conſuetudinem habuerat, poſtea ex noſtra conſtitutione, dotalibus inſtrumentis compoſitis, in poteſtate patris efficitur.* (in ipſo §. noſtro.)

A 2 IIII.

f) *cap. VI.*

§. III.

a) *tit. Inſtit. de patria poteſtate.*
b) *pr. I. de nuptiis.*
c) *§. 1--11. I. eodem titulo.*
d) *§. 12. ibidem.* *e*) *§. vltimo.*

Digitized by Google

Verba Iuſtiniani, de quibus nunc quaerimus.

His ita propoſitis tandem ſubiungit poſtremum, de quo in praeſenti ſoliciti ſumus, verſum his verbis: QVOD ET ALIIS LIBERIS, QVI EX EODEM MATRIMONIO POSTEA *a*) FVERINT PROCREATI, SIMILITER NOSTRA CONSTITVTIO PRAEBVIT.

V.

Dubia aduerſus eadem: a) *liberos poſt dotem natos Iuſtiniani Conſtitutione non declarari legitimos*

Hic ergo plerique mendam latere extra dubium credunt. Idque ex duplici ratione. Prior id ipſum, quod lectio vulgaris ait, dici potuiſſe negat. Altera aliud quid, de quo illa tacet, non potuiſſe non dici contendit. Illa pro duplici, quam Doctores de verborum controverſorum ſenſu ſequuntur, hypotheſi, biſariam exponitur. Quippe aliqui ea ſic interpretantur, quaſi eos, de quibus ſermo eſt, liberos legitimos eſſe IVSTINIANI Conſtitutione definiri innuant. Ita vero a TRIBONIANO ſcriptum fuiſſe ideo negant, quia illi quaeſtioni dubium nullum ſubſit *a*). Nam cum de tali femina agatur, quam vxorem ducere nulla lex prohibet, per ſe patet, eam viro nuptam legitimam coniugem eſſe. Qui ergo ex eiuſmodi connubio eduntur liberi, eos ſtatim vt naſcuntur, iam per ſe legitimos eſſe omnis aeui iuriſprudentia ſanciuit & primi Iuſtinianei norunt. Neque vero adeo ſtipes fuiſſe exiſtimatur Imperator, vt quod nemo negat vel negauit vmquam, lege

IV.

a) Vox haec *poſtea* in plerisque editionibus reperitur, in aliquibus tamen omiſſa eſt.

V.

a) HOPPIVS *Commentar. ad h. loc. num.* 1.

ge lata conſtitueret. Nec id ipſi in mentem veniſſe ex ipſa eius conſtitutione *b*) manifeſtum putatur *c*).

VI.

Aliis haec ſenſu etiam magis abſono dici videntur. Certum enim eſt, in praecedentibus agi de legitimatione, quae fit per ſubſequentes nuptias, quibus inter patrem & eam, cum qua conſueuerat, initis, liberi ante matrimonium editi ex Conſtitutione IVSTINIANI *a*) efficiuntur legitimi & in patriam poteſtatem rediguntur. Niſi ergo in ſcriptura erratum putetur, euidens creditur, nihil aliud doceri illa, de qua diſceptamus, clauſula, quam eos quoque liberos, qui poſt coniugium cum ea, ad quam quis conſuetudinem habuerat, contractum generantur, non ſecus ac naturales ante legitimum matrimonium editos iure ab Imperatore ſancito legitimari. At ſtultum videtur, IVSTINIANVM dicere, ſe idem vtriſque ius dediſſe, cum illi, vtpote ex iuſtis nuptiis nati, hoc Caeſaris auxilio minime indigeant *b*). Plura dicam, ſed vera. Hac ratione non modo ſuperfluum & prorſus inutile beneficium profudiſſet, ſed &, quia illegitimos illud natales arguit, pro beneficio iniuriam immeritis obtruſiſſet.

b) *multo minus legitimari*, cum ſine dubio ſtatim, vt naſcuntur, legitimi ſint.

VII.

Deinde ſunt qui aliam, quam verſus, de quo ſoliciti

c) Aliud di-

b) *leg. 10. C. de naturalibus liberis.*

c) CORNEL. van BYNCKERSHOEK *obſeruat. Iur. Roman. libr. II. Cap. XI.*

VI.

a) *dicta l. 10.*

b) MARCVS ANTONIVS MVRETVS *Obſeruat. Iur. libr. ſingul. Cap. XI.* ID. *ad Inſtit. hoc loco.*

cendum fuiſſe, liciti ſumus, definit, quaeſtionem hoc loco proponendam fuiſſe ex hiſtoria legitimationis per ſubſequens matrimonium colligant, atque adeo eandem hic pertractatam fuiſſe concludant. Scilicet ex ſequentibus *a*) patebit, poſt Iuſtiniani de natalibus per nuptias ſuperuenientes reſtituendis edictum motam & mox ab Imperatore, cum in Codice tum in Inſtitutionibus, deciſam fuiſſe controuerſiam: vtrum liberi ex ea, quae vxor eſſe poterat, extra matrimonium geniti, conſuetudine poſtea in iuſtum coniugium verſa, ſemper legitimi cenſeri debeant, an eo tantum caſu, ſi alii ex illis nuptiis liberi poſtea naſcantur? Eam ergo quaeſtionem hoc quoque loco definiendam fuiſſe exiſtimant, atque hinc apparere contendunt, mendoſe legi verſum noſtrum & omnino reſtituendam eſſe genuinam eius lectionem *b*).

nempe *de caſu non* exiſtentium liberorum *ſuperuenientium.*

VIII.

Iudicium noſtrum de hac re hic ſuſpenſum.

Haec ſunt, quibus communis de textus, qui §. *vltimum de nuptiis* claudit, deprauatione adeoque neceſſaria emendatione perſuaſio nititur, argumenta: quae nos iam retuliſſe contenti, quo vſque inde conficiatur id, cuius gratia illa proponuntur, commodiore loco diſſeremus *a*). Iam occaſionem, quae doctiſſimos interpretes mouit, vt de corrigenda lectione recepta certatim cogitarent, oſtendiſſe ſufficiat. Eſt enim nobis conſti-

Concluſio

VII.

a) *Cap. II. §. XI. & XII.*

b) ARNOLD VINNIVS *ad dict. §. 12. verb.*: Quod obtinere cenſuimus.

VIII.

ad §. 12. *a*) *Cap. V. & VI.*

conſtitutum audire prius, deinde loqui, Quam ob rem noſtram de hoc uerſu ſententiam non ante dicemus, quam aliorum de eodem coniecturas adduxerimus, & quo quaeque pretio habenda ſit, diſtinctius trutinauerimus. Age, uideamus! *huius capitis.*

CAP. II.

TRIGA EMENDATIONVM AVCTORIBVS ICTIS IN GALLIA NATIS.

I.

Emendationes variae noſtri textus.

REcenſuimus, quid in loco noſtro ICtis exulceratum videatur. Inde factum eſt, vt non ſolum triga clariſſimorum inter eos nominum Franciae originis, CVIACIVS, MVRETVS, HOTOMANNVS eodem pene tempore emendationi dederint operam, ſed recentior etiam aetas illorum conatus vel in ſuos vſus transferre, vel nouis inuentis amplius expolire ſtuduerit. De ſingulis ſeorſim agemus, ac praeſenti capite illorum, quos nominauimus, triumuirorum lectiones excutiemus.

II.

Emendatio I. CVIACII

Incipiemus ab ocello illo Iuriſprudentiae IACOBO CVIACIO. Is, quam latere putauit, mendam ſic correxit, vt abiectis duabus vocibus litteriſque & inſerta alia particula verbis receptis ſequentia ſubſtitueret: *Quod, SI ALII LIBERI ex eodem matrimonio fuerint procreati, ſimiliter noſtra conſtitutio praebuit.* Eamque emendationem non modo notis ſuis inſeruit

vir

in textum recepta. vir ſummus *a*), ſed in ipſum etiam textum tranſtulit, inque eo alios quoque nactus eſt imitatores *b*).

III.

Eius naeui 1) pugna cum codicibus vnanimibus, negata nec curata a Cuiacio. Aliis contra inuentum hoc minime ſe probauit ob duplex incommodum. Primo enim conſenſum librorum huic correctioni obſtare contendunt *a*). At enim illum negabit ac pernegabit CVIACIVS, qui tamquam ex veteribus libris ita legit, & ab aliis *b*) etiam Inſtitutiones ex vetuſtis exemplaribus emendatiſſimas edidiſſe creditur. Adde quod fidem codicum parum curare ſoleant, qui in locis deprauatis antiquorum auctorum redintegrandis ſudant. Vt apud CVIACIVM eiusque ſequaces hoc quidem argumentum parum roboris habiturum videatur.

IIII.

2) Difficultas non ſublata. Igitur & alterum dubium priore forte grauius audiamus. Nempe eandem eſſe pergunt textus veteris & ab illo reſtituti ſententiam *a*), adeoque eam lectionem nihil extricare, ſed ea licet ſubſtituta adhuc dicere Imperatorem, quod ſine abſurditate dicere nequeat, ſe ſua

II.

a) *notis ſecundis in hunc locum.*
b) IOANN. VAN DE WATER *in editione Inſtitutionum recentiſſima anni 1714.*

III.

a) THEODOR. MARCILIVS *Annotat. ad Inſtit. hoc loc.* Add. MVRETVS *Obſeruat. Iur. Cap. XI.* vbi ſe codices plurimos conſuluiſſe, nec vllibi hanc lectionem reperiſſe teſtatur.
b) Vid. IANVS a COSTA *Commentar. ad §. 19. I. de Excuſationibus tutorum vel curatorum.*

IIII.

a) MARCILIVS *loc. alleg.*

ſua Conſtitutione effeciſſe, vt liberi ex iuſtis nuptiis editi ſint legitimi *b*). Et fatendum eſt, haec quoque verba eandem omnino interpretationem non modo non reſpuere, ſed & ſponte ſuggerere. Nec quicquam affert CVIACIVS, quo dubium hoc tollatur. In eo tamen falluntur eius aduerſarii, quod non alium admittant ſenſum huius lectionis, quae facillimo negotio de quaeſtione toto coelo diuerſa explicatur. Sed cum nec altera interpretatio careat ſalebris, quibus remotis planior longe emendandi ratio apparet *c*); non eſt cur CVIACII reſtitutioni acquieſcamus.

V.

Alia plane via elabi conatus eſt MARCVS ANTONIVS MVRETVS. Is enim pro & poſuit *ei*, atque iſti vocabulo ita mutato voculam *ſimiliter* loco ſuo motam auctoritate codicum manuſcriptorum praemiſit. Vnde ſequens emergit lectio; *Quod EI SIMILITER aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint PROCREATI, NOSTRA CONSTITVTIO PRAEBVIT a*). *Emendatio II. MVRETI.*

VI.

Quo ipſo caue credas, virum eruditiſſimum inanes ſine mente ſonos TRIBONIANO obtruſiſſe, ſenſumque omnem verbis, quae ſi non ſatis commodum, aliquem tamen habebant, ademiſſe. Aliud docent, quae pro *Eius ſenſus*

b) CORNEL. VAN BYNCKERSHOEK *obſeru. Iur. Rom. Lib. II. Cap. XI. p. 150.*

c) *Vid. Cap. IIII. §. 2-9. inprimis §. 5.* quibus modo dicta illuſtrantur & probantur.

V.

a) MVRETVS *Obſeruat. Iur. libr. ſingular. Cap. XI.* IDEM *Not. ad Inſtitut. hoc loc.*

pro ſua lectione tuenda vlterius adducit. Contendit enim phraſin *ſimiliter aliis*, Graeco dicendi more poſitam fuiſſe nihilque aliud ſignificare, quam ὁμοίως τοῖς ἄλλοις *a*). Nec mirum, ait, videri debere, ſi TRIBONIANVS, homo Graecus, etiam latine ſcribens, Graeco loquendi genere vſus ſit, a quo alias quoque nec ipſum *b*), nec alios Romanos ſcriptores *c*) abhorrere probat. Inde igitur concludit, haec a Graeculis Inſtitutionum compilatoribus eo fine dicta fuiſſe, vt ſignificarent, Imperatorem eos liberos, qui ante nuptias nati eſſent, voluiſſe, conſecutis nuptiis, legitimos eſſe *ſimiliter aliis*, id eſt, inſtar aliorum, ſiue aeque ac alios, qui poſtea ex eisdem parentibus nati eſſent.

Graeciſſans, adeoque ab ingenio Triboniani non alienus.

VII.

Eius *naeui*: 1) *nimia ſubtilitas* coniecturam ſuſpectam reddens.

Habes MVRETI ſententiam, verum eruditorum aſſenſu deſtitutam. Neque id immerito. Nimis enim prodit inuentoris artificium, & omnia ipſius ingenio, textus vero veſtigiis, quibus inſiſtendum fuiſſet, nihil vel certe parum deberi ſatis manifeſte oſtendit. Vnde coniecturam, de qua agitur, alii improbarunt, vt longius, quam par eſt, ex inſolitiſſimo dicendi genere petitam nimiumque ſubtilem & operoſam *a*). Rotundum enim

VI.

a) id eſt *aeque atque aliis, ex aequo cum aliis, inſtar aliorum.*

b) *Vid. §. 3. I. de legitima agnatorum ſucceſſione verbis: Laudamus quidem Praetores SVAE HVMANITATIS.*

c) vt notat *VINNIVS Commentar. ad dict. §. 3.* & late probat NICOL. HEINSIVS ad parem Graeciſmum OVIDII:

Vir tuus eſt epulas NOBIS aditurus EASDEM,

quo inchoat *Elegiam IIII. Lib. I. Amorum.*

VII.

a) *BYNKERSHOEK loc. cit.*

nim obuiumque locorum reſtitutorum ſenſum deſiderant, ſi quis genuinae emendationis gloria frui cupiat. Contra obſcurioribus inuentis haud iniuria occini putant illud Poëtae:

Turpe eſt difficiles habere nugas,
Et ſtultus labor eſt ineptiarum.

Plane, cum nihil, niſi quod ſcriptum fuiſſe probabile eſt, reſtitui debeat, nec inſolitiſſima praeſumantur: nimis deſperatum videtur, ad Graeca locutionum genera, quae rariſſime ICtis exciderant, in emendatione locorum dubiorum dilabi *b*).

IIX.

Sed de hoc argumento ſi quibus ſecus videbitur, tanto minus cum quoquam contendere neceſſe habebo, quo confidentius me demonſtraturum *b*) recipio, admiſſa hac lectione haud euitari difficultatem, quae correctione tolli debebat; nec minus incommode Imperatoris beneficium liberis illegitimis inſtar eorum, qui poſtea ex ſubſequentibus nuptiis naſcuntur, tributum dici, quod MVRETVS contendit, quam his inſtar illorum, quae receptae lectionis ſententia eſt. 2) *imbecillitas in tollendo dubio remiſſiue.*

IX.

Minore artificio negotium aggreſſus eſt FRANCISCVS HOTOMANNVS *a*), qui coniunctione *ſi* in *etſi* mutata, nouiter addidit pronomen *nulli*, poſteaque *Emendatio III Fr. Hotomanni.*

B 2 litte-

b) Add. *Cap. ſeq. III. §. VII.*

VIII.

a) Quod mihi videor praeſtitiſſe *Cap. III. §. 3.*

VIIII.

a) *Commentar. in Inſtitut. hoc loc.*

Digitized by Google

litteram *s* bis, vocem *qui* ſemel expunxit. Quo facto ſequens ſcriptura emergit: *Quod ETSI ALII LIBERI NVLLI ex eodem matrimonio fuerint procreati, ſimiliter noſtra conſtitutio praebuit.* Eique inuento alii quoque

aliis probata.

cum ARNOLDO VINNIO *b*), & IOACHIMO HOPPIO *c*) ſubſcripſerunt.

X.

Eius ſenſus commodiſſimus.

Et fatendum eſt, commodiſſimum eſſe lectionis ita reſtitutae ſenſum. Sic enim doctrinae generatim traditae perſpicua ſubiicitur ampliatio ad caſum ſubſecuti matrimonii ſterilis, a propoſito minime alienum *a*). Vt in huius emendationis ſententia nihil ſuperſit, quod non cenſuram etiam rigidiorem facile poſſit ſuſtinere.

XI.

Obiectio; Quaeſtionem eam Domitianam videri

Forte tamen quiſpiam hoc monito minime opus eſſe exiſtimabit, eaque propter HOTOMANNI inuentum, tamquam ſuperuacaneum, reiiciendum putabit. Quae obiectio non caret ſimilitudine veri. Pone enim conſtitui, vt naturales liberi per ſubſequens matrimonium legitimati cenſeantur. Quae ratio flagitabit, vt ad vtilitatem ex priuilegio conſequendam liberorum poſt dotalia inſtrumenta ſuperuenientium procreatio requiratur? Quam ob rem hoc etiam ceſſante naturales legis beneficio tamen fruituros per ſe patet. Nec dubitari ea de re poſſe videtur, niſi forſan ab aliquo obtuſioris in-

b) *Commentar. ad h. §. num. 5.*

c) *Commentat. ad h. §. pag. 104. num. 1.*

X.

a) Vid. *Cap. IIII. §. 8.*

ingenii Domitio, riſu potius aut miſeratione, quam Caeſarea deciſione digno *a*).

XII.

Enim vero meliorem ſententiam non modo non ſequi, ſed nequidem agnoſcere ſolent omnes. Saltem ICtis aeui Iuſtinianei *a*) non admodum difficile fuiſſe videtur in quaeſtione hac definienda labi. Nempe Conſtitutionem *b*) IVSTINIANVS ediderat, de caſu, *ſi quis ex conſuetudine mulieris, cuius matrimonium legibus non erat interdictum, aliquos liberos habuerit non compoſitis dotalibus inſtrumentis, poſtea autem etiam ad nuptialia peruenerit inſtrumenta, & alios iterum ex eadem liberos procreauerit*, & in ea ius plane nouum introduxiſſe viſus erat *c*). Itaque excuſabilis credi poteſt error eorum, qui iura ſingulariter introducta ad conſequentias produci non debere *d*) edocti ſpeciale priuilegium com-

Reſponſio 1) de ea potuiſſe dubitari propter opinionem iuris noui, adeoque ſtricte interpretandi,

XI.

a) Conf. Vir Illuſtris *THOMASIVS de Vſu Practico doctrinae Inſtitutionum de legitimatione Cap. I. Theſ. VIIII. not. B. pag. 30.*

XII.

a) In illa enim temporum barbarie genuinis, vt morum, ita & rationalis Philoſophiae praeceptis parum inſtructi erant. Quae vero in corpore iuris traduntur, interpretandi regulae, niſi quis maximam conſiderantiam attulerit, facile efficiunt, vt nimium intelligendo nihil intelligatur.

b) *l. 10. C. de naturalibus liberis.*

c) vt patet ex noſtro *§. f. I. de nuptiis* & *§. 2. I. de hereditatibus, quae ab inteſtato deferuntur.*

d) Quod iam a PAVLO inculcatum *lib. 145. ad edictum* & ex eo bis in Pandectas relatum legitur *l. 14. ff. de legibus* & *l. 141. pr. ff. de regulis iuris.* Add. *Magnif. CASP. HENR. HORNIVS d. interpretat. Iurid. Cap. III. §. 14.*

Digitized by Google

competere negarunt eo, quem lex omiſerat, caſu, ſi ex ſubſecutis nuptiis nulla proles naſceretur. Maxime cum & ratio *e*), quam Imperator in dicta lege potiſſimum vrſerat, vim ſuam tum perdere videri potuerit. Quippe *cum adfectio prioris ſobolis & ad dotalia inſtrumenta efficienda & ad poſteriorem filiorum edendam progeniem praeſtiterit occaſionem: iniquiſſimum* iudicauerat, *ipſam ſtirpem ſecundae poſteritatis priorem quaſi iniuſtam excludere: cum gratias agere fratribus ſuis poſteriores debeant, quorum beneficio ipſi ſunt iuſti filii, & nomen & ordinem conſecuti.* Id quod liberis ex alia coniuge natis ac reliquae patris cognationi fruſtra obicii per ſe patet. Vnde nec recentiori aeuo deſunt magni nominis ICti, quibus natiuitas liberorum ex matrimonio poſtea contracto ſuſceptorum ad fratrum praecedentium legitimationem verbis adductis requiri videtur *f*).

ac diuerſitatem rationis.

XIII.

Reſponſio 2) *reipſa dubitatum fuiſſe*

Praeterea certum eſt, non diu poſt promulgationem dictae conſtitutionis de ea, quam HOTOMANNVS textu noſtro definitam fuiſſe putat, quaeſtione ipſo facto dubia fuiſſe mota. Docet enim ipſe Imperator *a*) ſuper huiusmodi caſibus ſuperuacanea quorundam ſubtilitate varia-

e) Quam & alias in caſu liberorum ſubſecutorum & deficientium diuerſam eſſe poſſe oſtendunt controuerſiae, quae inter Theologos pariter & ICtos occaſione *commatis XI. c. XVIII. LEVIT.* agitantur.

f) Exemplo ſit *FRANC. HOTOMANNVS Comment. ad h §. in fin.*

XIII.

a) *leg. 11. C. d. naturalibus liberis.*

Digitized by Google

variari coepiſſe. Nec veroſimile eſt, fluctus illos quaſi a rabulis in ſimpulo excitatos in foris fuiſſe neglectos, cum IVSTINIANVS ad eos componendos nouam legem *b*) condere operae pretium iudicauerit. Saltem error is manifeſtus eſſet, ſi quis eam litem TRIBONIANO indignam videri potuiſſe contenderet, quam primis iuris elementis inſereret. Neque enim negari poteſt, in Inſtitutionibus alibi *c*) quoque, cum eadem omnino, quae in noſtro textu praecedunt, de legitimatione per oblationem curiae & dotalia inſtrumenta traderentur, huius ipſius controuerſiae deciſione tractationem illam fuiſſe finitam.

XIIII.

Naeuus huius emendationis violentia.

Verum enim vero, licet nihil ſit, quod in ſententia lectionis ab Hotomanno reſtitutae iure poſſit deſiderari; modum tamen, quo vtitur, emendandi nimium inſubtilem, pene dixerim tanto ingenio prroſus indignum puto. Addit, demit, mutat pro lubitu, nec vllum probabilis & procliuis in deſcribendo erroris veſtigium oſtendit. At vero audacter infarcire, vrere, lacerare, ſcindere laniena eſt, non criſis erudita. Et nimium manifeſta eſt temeritas eorum, qui cum aut tacere poſſent honeſte, aut ignorantiam innocuam abſque dedecore ingenue profiteri, malunt tamen, quibus ſoluendis impares ſe ſentiunt, nodos bruta correctione, tamquam ferro, diſſecare. Quae graſſandi licentia ſi concedatur, nihil tandem illibatum, nihil inuiolatum manebit. Sed nimis

b) eandem quam modo allegauimus.

c) §. 2. *de hereditatibus, quae ab inteſtato deferuntur*, verbis: *quod obtinere cenſuimus, et ſi non progeniti fuerint poſt dotale inſtrumentum confectum liberi.*

nimis forte prolixus ſum in reiiciendo naeuo euidente, quem indicaſſe eſt confutaſſe.

XV.

Exceptio: In loco deplorato quiduis licere.

Immo vero, regeret aliquis, non latuit haec difficultas, qui enim potuit in re tam clara? eos ipſos, aduerſus quos iſta diſputantur. Nequicquam igitur id, quicquid eſt, incommodi formidarunt, aut formidare debuerunt, hoc quidem loco, vbi

immedicabile vulnus

enſe recidendum eſt.

Replicatio: negatur 1) verba haec adeo deſperata eſſe, ac 2) tantum ius ex neceſſitate oriri.

Nihil muto. Oſtendam enim ſtatim, minime opus eſſe tam forti remedio. Nec ſi ad id probandum vires deficerent, ideo fauore neceſſitatis quidlibet audendi liberam poteſtatem indulgerem. Procul enim abſum ab eorum perſuaſione, qui in ea loca, quae ab omnibus pro comploratis ſunt abiecta, nihil non reſtauratoribus licere cum conſultiſſimo BESTIO *a*) autumant. Quaſi vero aut quidquam cogeret quemquam ad diſcutiendam, quam iungere non valet, adeoque rectius intactam relinqueret *b*), textuum compagem: aut, quicquid vulgo pro incurabili ac deſperato habetur, ideo leniorem curam non ferret. Meliora vel ſuo exemplo diſcere poterat vir politiſſimus *c*), meliora docent non pauca, quae recentius ab aliis edita ſunt, ſpecimina emendationum minus violentarum.

CAP.

XV.

a) Vid. *GVILIELMI BEST ICti Ratio emendandi leges Cap. I. Sect. XI. §. 1.*

b) *BYNCKERSHOEK Praefat. ad Obſeruat. Iur. Rom.*

c) Cui inter alias ea ſcribendi cauſſa fuit, vt plures omnium ante ipſum Criticorum cruces tolleret.

CAP. III.

EMENDATIO RECENS ILLVSTRIS BELGAE.

I.

Vidimus, quid praeteriti temporis Critici in loco, cuius gratia haec ſcribimus, reſtituendo praeſtiterint. Palmam iis procul dubio inſignis noſtrae aetatis Iureconſultus CORNELIVS VAN BYNKERSHOEK *a*) praeripuit, vt tamen adhuc reliquiſſe videatur, quod iure deſideres. Scilicet vnam litterulam mutare contentus, pro & ponit *vt*. Ita minus neceſſe habet operoſius indagare pronam erroris, vt patet, procliuis occaſionem, & citra omnes ambages legit, ſenſu maxime rotundo: *Quod VT aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, ſimiliter noſtra conſtitutio praebuit.* Vt dicat Imperator, ſe liberis ante matrimonium natis idem praebuiſſe ſua Conſtitutione, quod liberis poſt natis. Atque id ipſum praebuiſſe IVSTINIANVM tanta confidentia aſſeuerat vir ſummus *b*), vt vix dubitet victoriam canere. *Res*, inquit, *mihi videtur adeo liquida, vt imber, quando pluit.*

Emendatio Celeb. Bynckershoekii

ET in VT mutantis.

Eius ſenſus & euidentia.

II.

Quo loco neſcio, vtrum ea credi debeant harum amoenitatum fata, vt, quae de iis audiuntur, aeque varient,

Diſſenſus Criticorum.

I.

a) *Obſeruat. Iur. Rom. Lib. II. Cap. XI.*

b) Quo fine allegat *l. 10. C. de naturalibus liberis* his verbis: *qua propter ſancimus in huiusmodi caſibus omnes liberos, ſiue ante dotalia inſtrumenta editi ſint, ſiue poſtea, vna eademque lance trutinari,* & quae ſequuntur.

varient, quam quae de guſtibus feruntur, iudicia; &, cum eadem fercula vnus appetit, alter nauſeat, tertii ſententia Critici

certent, & adhuc ſub iudice lis ſit.

Dubia circa eandem emendationem. Id ſcio, videri mihi adeo clarum, vt coelum, quando ſudum eſt, hac quoque viri, laude mea maioris, emendatione, vtut reliquis praeſtantiore, palliari potius, quam tolli, morbum, quo verſiculus noſter creditur aegrotare. Immo ſi, quod res eſt, libere pronunciare oportet; periculum eſt, ne admiſſa hac lectione etiam augeantur difficultates. Quod ne temere ſcripſiſſe videar, oſtendam, ſic adhuc doceri id, in quo mendam latere omnes putant *a*): deinde argumenta adducam, quibus dubium redditur, annon hac ratione & aliud, quam allegata Conſtitutio habet, tradatur *b*), & ſi praecedentia iungas, reuera nihil dicatur *c*).

III.

1) *Difficultas ex textu non ſublata* Quod primum attinet, dudum monſtrauimus *a*), ideo verſum noſtrum mendoſum videri, quod liberis poſt nuptias, interuenientibus inſtrumentis dotalibus contractas, natis ad conſequendum vel tuendum ius legitimorum natalium minime opus fuerit IVSTINIANI Conſtitutione. Vnde is ipſe, a quo diſſentimus, vir celeberrimus ſatis confutari credidit CVIACII emendationem, ſi moneretur, adhuc dici IVSTINIANVM ſua Conſtitutione effeciſſe vt liberi, ex iuſtis nuptiis editi,

II.

a) *§. 3.* *b*) *§. 4.* *c*) *§. 5.*

III.

a) *Cap. I. §. §. VIII. & VIIII.*

diti, ſint legitimi *b*). Idem vero ipſius etiam lectio, ſi non clamat, ſignificat tamen. Nempe particula *vt*, quae in copulae locum ſurrogatur, hic nota eſt ſimilitudinis. At ea eſt eiuſmodi comparationum natura, vt, quod de vna ex rebus ſimilibus verum eſt, praedicetur etiam de altera. Debet ergo id ipſum, in quo collocatur ſimilitudo, commune eſſe vtrique *c*). Quam ob rem, quod filio ante nuptialia inſtrumenta compoſita nato, *vt* aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, IVSTINIANI Conſtitutio praebuit, id non poteſt non Imperator ſua Conſtitutione vtriſque liberis, tam ante matrimonium genitis, quam poſt natis, praebuiſſe. Conſequens eſt igitur, vt haec quoque lectio Imperatorem filiis ex iuſto coniugio procreatis lege ſua legitimos natales largitum eſſe innuat, eoque ipſo in eundem, ob quem textus receptus deſeritur, ſcopulum impingat.

Particula VT legitimatis Iuſtiniani beneficium pariter tribuente.

IIII.

Quae cum ita ſint, id ſimul ambiguum redditur, vtrum lectionis ſic reſtitutae ſententia cum ea, ad quam vir

2) Diſcordia cum Iuſtiniani Conſtitutione

b) Vid. *Cap. II. §. IIII.*

c) Neſcio, an res manifeſta requirat illuſtrationem, quam facile praebent exempla. Ita paterfamilias apud *S. MATTHAEVM cap. XX. verſ. XIIII.* non potuiſſet dicere ei, quem primum conduxerat: *Dabo vltimis VT tibi*, niſi & priori dediſſet. Ita honorarium tutorem pro adminiſtratore non tempeſtiue accuſato *PAPINIANVS l. 39. §. 16. ff. de adminiſtratione & periculo tutorum* eo ipſo obſtrinxit, dum ſcripſit: *Tutor, qui tutoris idoneum heredem conuenire, pupilli nomine, noluit, damni vicarius ſubſtituitur, VT is qui non idoneum tutelae tempore ſuſpectum facere ſuperſedit.*

vir ſummus prouocat, IVSTINIANI Conſtitutione tam manifeſte conſpirare videri queat iis, adverſus quos haec diſputantur. Iubet equidem Imperator liberos ex femina, quae duci poterat in matrimonium, ſiue ante ſiue poſt illud natos, eodem ſubſecuto, *vna eademque lance trutinari, & omnes filios ſuos in poteſtate ſuis exiſtere genitoribus, vt nec prior nec iunior vllo habeatur diſcrimine: ſed qui ex iiſdem matrimoniis procreati ſunt, ſimili perfruantur fortuna* a). Idque eo fine, *ne poſteriores liberi, qui poſt dotem editi ſunt, ſibi omne paternum patrimonium vindicare audeant, quaſi iuſti & in poteſtate effecti, fratres ſuos, qui ante dotem fuerant nati, ab hereditate paterna repellentes:* quandoquidem *eiuſmodi iniquitatem amputandam* cenſet IVSTINIANVS. Quo ipſo vtriſque liberis proſpici parum dubitabunt, qui extra partes ſunt. Verum neſcio, vtrum eadem illatio eos deceat, qui ſupponunt id, quo tanquam fundamento nixi ſunt omnes, qui textui noſtro corrigendo operam dederunt, poſterioribus liberis legitimos natales negare neminem nec negaſſe vmquam. Qui enim hi quidquam ipſis praebitum dicant in adducta lege, quae ex emendantium hypotheſi priorum tantum modo iura aduerſus iniqua fratrum iuniorum deſideria confirmare cenſenda eſt? At ſatis oſtenſum eſt, longe plura innuere nouam, in quam inquirimus, Inſtitutionum lectionem.

[Margin: legitimatos legitimis aequante,]

[Margin: his vero nihil tribuente.]

V.

IIII.

a) *dict. l. 10. in fin. C. de naturalibus liberis.*

b) *dict. leg. prop. initium.*

V.

Sed etſi praetermittantur, quae per eandem poſterioribus liberis tributa dici non animaduertit vir Celeberrimus: ne de iis quidem, qui ante nuptias geniti ſunt, commode hoc loco tradi potuit, quod de ipſis ſecundum hanc emendationem praedicatur. Dixerat Imperator verbis ſine medio antecedentibus, *natum a muliere libera, cuius matrimonium minime legibus interdictum fuerat, ſed ad quam pater conſuetudinem habuerat, poſtea ex ſua conſtitutione dotalibus inſtrumentis compoſitis, in poteſtate patris effici.* Iam ergo aut aliud argumentum incipiendum erat, aut de praeſenti aliquid amplius, quam modo traditum fuerat, docendum. At operam perdidiſſet IVSTINIANVS, ſi id, *vt aliis liberis, ex eodem matrimonio poſtea procreatis, ſua conſtitutione praebitum* dixiſſet. Eſſet enim hoc id ipſum, quod modo praeceſſerat. Nam inter eum, qui *in poteſtate patris efficitur*, & illum qui *aliis liberis ex iuſto matrimonio procreatis aequatur*, verborum diſcrimen apparet; ſi rem ſpectes, nulla inter vtrumque differentia confingi poteſt. *Ex Imperatoris* vero *conſtitutione* aliquid *effici*, & *eius conſtitutione praeberi* ne ſono quidem ſatis diſcernuntur. Vt non dubitemus, habituros fuiſſe Criticos noſtros, quod, tamquam ſuperfluum gloſſema expungerent, ſi lectionem hanc in communibus editionibus inueniſſent.

3) Ταυτολογία, cum Iuſtinianus praemiſerit, nuptias ſubſequentes legitimare, quod ſic otioſe repeteretur.

VI.

Quo ipſo minime probamus audaciam eorum, qui quotiescumque in aliquo iuris noſtri loco idem bis dici arbitrantur, illum ſtatim corruptum pronunciant, & alteru-

Exceptio: Gloſſematum abuſu vitato

terutrum eorum, quae ſingula ſufficere poterant, tamquam citra dubium interpretationis loco margini primum adſcriptum, poſtea, ſcribarum imperitia, textui inſertum, inducunt. Quaſi vero in legibus ea dictionis accuratio exquirenda eſſet, vt negandum ſit, viris potius de iure ſecundum legum praecepta & aequitatem tradendo, quam de oratione ad praecepta Rhetorum componenda ſolicitis obrepere potuiſſe μακρολογίαν, ſiue longiorem, quam oportebat, ſermonem *a*), qui & in aliis ſcriptoribus aliquando reperitur ac toleratur *b*). Potius iis, quae vir illuſtris aduerſus Criticos in agnoſcendis gloſſematibus nimium faciles alibi *c*) diſſerit, lubentes ſubſcribimus. Ita vero aliqui forſitan ea, quae aliis repetitiones expuncturis oggerimus, nobis quoque regerenda credent, ſicque vim omnem obiectionis noſtrae ſolui putabunt.

μακρολογίας eſſe tolerandas.

VII.

Replic. ταυτολογίαν *a*) hic nimis euidentem

Sed haec dubium noſtrum minime tollunt. Neque enim alibi facile monſtrabitur ταυτολογία nimis euidens & easdem prorſus voces ſuperflue geminans, qualis foret praeſens, qua Imperator, quod *ſua conſtitutione* modo effectum dixerat, *ſua conſtitutione* praeberi in conti-

VI.

a) Cuius exempla ex *l. §. 7. ff. de Aedilitio Edicto, l. 5. §. 1. ff. de Iure deliberandi & l. 9. ff. de rebus dubiis* adducit GERARD. *NOODT. Probabil. Iur. Ciuil. Lib. III. Cap. X.*

b) Add. *QVINTILIAN. Inſtit. Orator. Libr. VIII. Cap. III.* vbi in hunc cenſum refert illud *LIVII: Legati non impetrata pace, retro domum, vnde venerant abierunt.*

c) *Obſeruat. Iur. Rom. Lib. I. Cap. XXIII. p. 97.*

continenti repeteret. Nec quae feſtinationi veterum excuſandae, eadem & emendationibus tuendis ſufficere videntur. Potius quemadmodum

turpius eiicitur, quam non admittitur hoſpes:

ita verba ſuperflua quamuis ex locis, quae in veterum ſcriptis occuparunt & longa poſſeſſione ſibi vindicarunt, expelli minime debent, tamen nec correctionis ſpecie nouiter intrudenda ſunt: cum emendationibus id reſtitui debeat, quod auctorem ab initio ſcripſiſſe probabile eſt. At repetitiones inanes, cum inuitis adeoque rarius excidere ſoleant, in dubio minime praeſumuntur.

β) numquam in textum nouiter intrudendum videri

VIII.

Denique argumentum etiam duci poſſet ex voce *ſimiliter*, qua connecti nequeunt συνώνυμα, cum nullum ſimile ſit idem *a*), ſed omnis comparatio res diſtinctas ſupponat. Quicquid ergo IVSTINIANI Conſtitutione *ſimiliter* praeberi aſſeritur, non eſt id ipſum, quod eodem effici modo dictum erat. Quo minus vero ad liberos, qui poſt inſtrumenta dotalia naſcuntur, vox haec referatur, poſitus verborum obſtare videtur. Quodſi enim innuatur, filios ante nuptialia documenta genitos *ſimili modo, quo ſubſequentes*, patriae poteſtati ſubiici, vocabulum illud, prout a Viro Celeberrimo reſtituitur, non modo ſuperflue, ſed & abrupte poſitum videtur. Poteſt tamen ante *vt* tranſponi, adeoque hoc ſenſu planius legi: *Quod SIMILITER, VT aliis libe-* *ris*

Minus obſtat 4) *particula SIMILITER*, quae hic o-

VIII.

a) Vide, ſi teſtem deſideras in re clara, *BERTAZOL. de Clauſul. inſtrum. Clauſ. 4. gloſſ. 23. num. 2.*

Digitized by Google

pus habet transpoſitione, *ris qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, noſtra Conſtitutio praebuit.* Sed hoc ipſo emendationis huius facilitas, qua ipſa ſe potiſſimum commendabat, plurimum imminuta dici poſſet. Maxime cum in manifeſto errore verſari videantur, qui, nullo vrgente indicio, verborum, quibus leges noſtrae componuntur, ordinem permutare leue noſtrisque interpretibus licitum autumant; forte non animaduertentes, nimiam illis hoc ipſo poteſtatem concedi, qua indulta, pro Criticorum lubitu, quae iam cum legibus aduerſa fronte pugnant, mox tamquam legibus ſancita valebant, &

non temere admittenda,

Irus erit ſubito, qui modo Croeſus erat.

At recepta lectio eundem plane ſenſum habet, ſiue vocabulum *ſimiliter* ſtatim poſt initium, ſiue prope finem legatur. Neque adeo apparet occaſio, qua decepti librarii ſuperfluam de proedria controuerſiam innocuae voci temere mouere, illamque a principiis ad extrema, ratione nulla id exigente aut ſuadente, relegare debuerint. Verum enim vero, quod ea, de qua nunc agimus, translatione tolli poteſt, dubium omittere praeſtat, ideo, quod eum verborum ordinem quidam veteres Inſtitutionum libri probant *b*).

ſed hic fide MSS. nixa.

IX.

Tentamen nouae interpretationis Enimuero tentari poteſt, vtrum emendationem adeo facilem & modeſtam, ſi ſenſu ab auctore expoſito nequeat defendi, tamen commodius explicatam tueri liceat. Age videamus. Verbum *vt* non vnam interpretationem admittit. Habet inter alios eundem ſignifica-

verbi VT pro QVASI:

b) vt fide *MVRETI obſeruat. Iur. Cap. XI.* diximus *Cap. II.* *§. 5.*

ficatum, quem vox ſimilis *quaſi*, quod vel ex clauſula codicillari *a*), quam vocant, omnes norunt. Iam conſtat plura dubia tolli, ſi exactius trutinetur, quo cuique reſpectu, quamque velut perſonam gerenti quid tribuatur. Accidit enim quandoque, vt, quod leges de aliquo diſponunt, *tamquam* ipſo, id eundem minime ſtringat quaſi alium. Idque biſariam. Nam aliquando vnus homo reuera duas perſonas ſuſtinet *b*), aliquando eam, quam reapſe gerit, perſonam depoſuiſſe & aliam induiſſe fictione iuris cenſetur *c*). Haec perpendentibus in mentem venit, poſſe lectionem, de qua ſumus ſoliciti, eadem ratione explicari, adeoque forſan hoc ſenſu retineri, ac ſi IVSTINIANVS diceret, ſe ante matri- tamquam illegitimi fingantur ex ſubſequen-

IX.

a) *Si teſtamentum valere non poteſt tamquam teſtamentum, valeat VT codicillus.* In eundem cenſum refero, quod ex *ARRIO MENANDRO lex* 4. *§. 10. ff. de re militari* nobis ſeruauit. *Qui ad delictum*, inquit, *non reſpondebant, VT proditores libertatis, in ſeruitutem redigebantur.*

b) Ita licet notiſſimo patriae poteſtatis effectu pater & filii, quo vſque in eius ſacris permanent, omnes fictione iuris habeantur pro vna perſona *§. 4. I. de inutilibus ſtipulationibus*, tamen *& patris ſuffragium filio, & filii patri in eligendo ſyndico proderit* ex ſententia *VLPIANI l. 5. ff. Quod cuiuſque vniuerſitatis nomine*, itemque *eorum qui in eiuſdem poteſtate ſunt, QVASI DECVRIO enim hoc dedit, non quaſi domeſtica perſona*, docente *PAVLO l. 6. ff. eodem titulo.* Aliud exemplum habet *ID. l. 59. in fin. ff. ad SCtum Trebellianum.*

c) Ita inofficioſum teſtamentum olim reſcindebatur, quaſi a furioſo conditum *pr. I. de inofficioſo teſtamento.* Ita auus nepotem ex vno filio poteſt adoptare, quaſi nepotem ex altero, *facit enim hoc quaſi quilibet non quaſi auus. VLPIAN. l. 15. §. 1. ff. de adoptionibus.*

tibus nuptiis nati. trimonium natos effeciſſe legitimos, idque ipſis priuilegium conceſſiſſe, non tamquam ante nuptias natis, ſed *VT aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati*, hoc eſt, quaſi non eſſent amplius illi ipſi, qui extra iuſtum coniugium hanc lucem maturius adſpexerint, ſed alii prorſus liberi, poſt dotalia inſtrumenta demum geniti.

X.

Obiectio 1) Potius fingi praeceſſiſſe matrimonium,

At enim certum eſt, hanc ſententiam diſplicituram pleriſque, cum id vulgo ſoleat inuerti. Quippe plurimorum haec eſt perſuaſio, in legitimatione, maxime ea, quae fit per ſubſequens matrimonium, tantum abeſſe, vt partus antea editus ex coniugio poſtea contracto videatur procreatus, vt potius legitimae nuptiae iam eo tempore, quo liberi praecedentes vel concepti, vel geſtati vel editi fuerunt, inter ipſorum parentes ſubſtitiſſe fingantur *a*). Rat. 1. Id ipſe IVSTINIANVS ſatis manifeſte videtur innuere *b*). Rat. 2. Inde conſtitutum creditur, ne legitimationi locus eſſet, niſi mater tempore partus editi vxor eſſe potuerit *c*). Ea propter inceſtuoſos & adulterinos hac ratione legitimos effici non potuiſſe putant *d*) Rat. 3. Vt alia taceamus.

XI.

X.

a) *BEYER ad ff. tit. de his qui ſui vel alieni iuris ſunt in fin. poſ. 60. GAIL. l. 2. obſ. 141. n. 1.*

b) *l. 10. C. de naturalibus liberis* verbis: *Neque enim veroſimile eſt, eum, qui poſtea vel donationem vel dotem conſcripſerit, ab initio talem affectionem circa mulierem non habuiſſe, quae eam dignam eſſe vxoris nomine faciebat.*

c) *dict. l. 10. Nouell. 12. cap. 4.*

d) *Nouell. 74. c. f. Nouell. 89. c. f. IO. STRAVCH. ad Vniuerſ. Ius Iuſtinian. priuat. Diſſert. IIII. th. 3.*

Digitized by Google

XI.

Sed haec gratis aſſeruntur, vt non dubitemus, eam ipſam retrotractionis fictionem pro otioſo interpretum figmento habere, quod minime tuentur ea, quae de praeſumtione nuptiarum praecedentium habet Imperator. Haec enim a fictione toto coelo diſtat, nec Imperatoria Conſtitutione inducitur, ſed tamquam eius occaſio & ratio impulſiua ſupponitur *a*), vt tamen eadem iure Inſtitutionum minime opus ſit *b*). Reliquas argumentationes ab effectis ductas nihil moramur, quo vſque aliam habemus, vnde conſequentia deriuemus, cauſſam *c*). Habemus autem optimam, odium illicitae Veneris *d*), quod Imperatorem caſtitatis in legibus ferendis ſtudioſiſſi-

Reſponſio: Falſo fingi hanc fictionem retrotractionis. reiecta rat. 1. 2. & 3.

XI.

a) Nam *lex 10. C. de naturalibus liberis* pro matrimonio praeſumendum eſſe definit, quoties de qualitate conſuetudinis dotalia inſtrumenta praecedentis dubitatur Vid. *C. V. §. 2.*

Senſus leg. 10. C. d. nat. lib.

b) dicta conſtitutione ad liberos naturales extenſa.

c) Itaque nec excipiemus, ſucceſſu temporis etiam a Iuſtiniano legitimatos fuiſſe adulterinos & inceſtuoſos, quod *DIONYS. GOTHOFREDVS ex Nouell. 74. c. 2. pr. in not. n. & ex Nou. 89 cap. 9. pr. in not. i.* probare nititur. Maxime cum quidem *capita finalia vtriusque Nouellae* ſatis arguant, quae de legitimatione & ſucceſſione illegitimorum in praecedentibus dicuntur, ad eos, quos ſcholae ex damnato coitu natos dicunt, non pertinere. Vnde conſequitur, per *mulierem, quae non ſine peccato ſit apud patrem liberorum nec digna quolibet legitimo nomine, quamue ex veritate aliquid circa torum apparuerit deliquiſſe*, non aliam intelligendam eſſe, quam concubinam, lege permittente, aſſumtam in contubernium, ſed perfidam, & aliis ſui copiam facientem, vel alterius criminis ream.

Adulterini &c. legitimationis ne quidem iure Nou. capaces.

d) De quo conſtat ex *Nou. 18. c. 5. Nou. 85. c. 6. Nou. 89. c. 12. §. 5. & c. vlt.*

ſiſſimum *e*) prohibuit, quominus priuilegia potiſſimum concubinatui legibus approbato *f*) indulta ad crimina atrociora transferri pateretur. Et quis credat, filii naturalis ante ſubſequens matrimonium defuncti hereditatem matri iam acquiſitam, poſtmodum a patre fratribuſque reuocari poſſe, quod ex inconcinna illa fictione ſequeretur? TRIBONIANVM certe alia omnia ſenſiſſe docet reſponſum PAPINIANI Pandectis *g*) inſertum, quo donationes in concubinam collatas nec, ſi matrimonium cum eadem poſtea fuerit contractum, ad irritum recidere docetur.

falſa illius conſectaria

XII.

Obiect. 2. fictioni huic obſtare impoſſibilitatem, cui vitandae natalium reſtitutionem in legitimandis libertis ancillae requiſitam videri,

Non magis obeſt alius, qui cum fictione, de qua diſceptatur, pugnat, error multorum, quando ad omnem fictionem requirunt poſſibilitatem, ne fingatur, quod iure & facto impoſſibile eſt *a*). Quo facere videtur, quod filii ex ancilla geniti, matre illorum ducta legitimari non potuerint, niſi dominus libertate honorauerit & ancillam & natos, & ius eis aureorum petierit annulorum & regenerationis, & inter ingenuos ſecundum iuſtos reduxerit modos *b*). Cuius rei ratio a cognationis & ſuitatis iure, ad eos, qui in ſeruitute nati erant, olim non per

e) teſtante ipſius Conſtitutione in *l. 5. C. ad Senatusconſultum Orficianum* ipſi pudicitiae dedicata, & *Nou. 14.*

f) Vid. *VLPIANVS l. 1. pr. ff. de concubinis.*

g) *l. 31. pr. de donationibus.*

XII

a) *GVTIERREZ Lib. II. Pract. Quaeſt. CV. num. 9.* BASIL. *de PONCE d. Matrim. libr. XI. Cap. II. n. 4.*

b) Verba ſunt *Nouellae 18. Cap. vlt.*

Digitized by Google

pertinente *c*), nequidem quoad liberos recte repetitur *d*): quoad matrem vero non alia eſſe videtur, quam quod cum mancipio non potuerit eſſe coniugium *e*). Ex quo probabile redditur, ideo natalium reſtitutione opus fuiſſe, vt mater tempore partus in ſeruitute geniti libera cenſeri poſſet, ne fictioni nuptiarum ad initium conſuetudinis cum marito, adhuc domino, retrotrahendarum vitium impoſſibilitatis ex ſtatu vxoris ſeruili obiiceretur. Plane regulae de non admittenda fictione impoſſibili tam pertinaciter aliqui inhaerent, vt nihil contra, quamlibet Principis auctoritate, ſtatui poſſe contendant *f*). Id vero per ſe patet *g*), fieri non poſſe, vt iam natus, adultus maxime, denuo a matre in lucem edatur. nec Principem impoſſibilia fingere poſſe.

XIII.

Verum iſta etiam obiectio ſolida ratione deſtituitur, arctisque nimium cancellis ſublime leges ferendi ius concludunt, qui Principem legitimos natales reſtituen- *Reſponſio: Principem* pro lubitu legitimare

D 3 tem

c) *Vid. IAC. CVIAC. ad Nouell.* 14. ID. *obſeruat. Lib.* 17. *Cap.* 13.

d) licet id faciat *DIONYSIVS GOTHOFREDVS ad dict. Nouell.* 18. *cap. fin. not. C.* Docet enim *pr. I. de ſeruili cognatione*, iura liberorum & fratrum ſeruis natis, & poſtmodum libertate donatis iam conceſſa fuiſſe Graeca Conſtitutione *IVSTINIANI*, quam reſtituit *CVIAC. Obſeruat. Lib.* 20. *cap.* 34.

e) *IMP. CONSTANTINVS l.* 3. *C. de inceſtis & inutilibus nuptiis.*

f) *STRAVCH. dict. Diſſert. IIII. th.* 3. qui ex hoc principio aduerſus hodiernam legitimationum libertatem fruſtra diſputat *th.* 12.

g) & a *NICODEMO apud S. IOANNEM Cap. III. verſ.* 4 monetur.

tem ad inanes interpretum argutias adſtringunt. Quaſi vero non in ipſius eſſet arbitrio, contra legum duritiem pro lubitu ſuccurrere innocentibus, quales ſunt omnes, qui parentum culpa naſcuntur illegitimi *a*). Quibus ſi generali edicto, non intercedente vllo aut ipſorum aut patrum facto, natalium gratiam facere dignaretur; non haberent de quo iuſte quererentur, qui ſolutam legibus poteſtatem ſcholarum commentis audent alligare *b*). Tota res igitur ad Principis voluntatem redit, qui ſe non niſi poſſibilia ficturum nullibi declarauit *c*). Neque ad rem faciunt verba Nouellae ad hoc probandum adductae, quae quo uſque de petendo iure aureorum annulorum & natalium reſtitutione loquuntur, de liberis tantum, non etiam de matre capienda puto: cum quia non apparet idonea eiuſmodi Conſtitutionis ratio *d*), tum quia omiſſa matris mentione liberi tantum a poſtulatione annulorum aureorum & priſtinorum natalium liberantur recentiore *IVSTINIANI edicto e*), quo prae-

& impoſſibilia fingere.

Non obſt. N. 18. c. f. quae natalium reſtitutionem in matre non requirit.

XIII.

a) *IVSTINVS l. 7. C. de naturalibus liberis. IVSTINIAN. Nou. 12. pr.*

b) Addatur, qui hoc pleniſſime & elegantiſſime exequitur, excell. *GRIBNER. de Iure legitimandi Comitum Palatinorum in terris Princip. Imperii §. 11.*

c) Add. *GOTTL. GERHARD. TITIVS Iur. priuat. Lib. I. Cap. VIII. §. 13.* ID. *Diſput. de Fictionum Romanarum natura & inconcinnitate §. 41 -- 46.*

d) Nam ſeruitus praecedens nequidem ante IVSTINIANVM impedimento erat nuptiis, quas cum liberta contrahere, iam lege Pappia licuiſſe refert *CELSVS l. 23. ff. de Ritu nuptiarum.*

e) *Nou. 78. cap. 3.*

praeter ſola nuptialia documenta & manumiſſionem matris omnes aliae ſolemnitates remittuntur. Quod ipſum eos, qui legitimationem ex fictione procedere autumant, ſatis conuincit, nihil obſtare, quo minus etiam impoſſibilia, quorum claſſi iuſtum cum ancilla matrimonium IVSTINIANI tempore iure optimo maximo adnumerabatur, fingantur. Vt non opus ſit aduerſo errori diutius immorari *f*).

XIIII.

Non deſunt tamen alia argumenta, quibus fictioni huic larua detrahatur. Nam id ipſum ſatis hoc figmentum deſtruit, quod poſt illam legem, legitimatione eorum, qui ex ancilla erant procreati, per ſubſequentes cum earum matre nuptias introducta, natalium reſtitutio primum fuerit neceſſaria *a*). Atqui eadem minime fuiſſet opus, ſi liberi ex matrimonio poſtea contracto nati fingerentur. Poterat enim etiam liberta vxor eſſe *b*), & qui ex illa naſcebantur, ingenui erant *c*). Quod igitur poſtmodum natis veritas, id prioribus liberis fictio

Confutatio genuina ex d. Nou. c. f.

f) Id vnum addo, naturaliter nihil magis impoſſibile eſſe, quam filium naſci ſine patre. Nihilo ſecius ſpurii patrem non habere intelliguntur §. *12. I. de Nuptiis*, etiam ii qui a matre, cum viro, apud hoſtes mortuo, capta, ibidem ex eo concepti editique fuerint. Nam tum quoque eum, antequam illos generaret, deceſſiſſe lex Cornelia fingit. *MARCIAN. l. 25. ff. d. Captiuis & poſtliminio reuerſis*, *SEVER. & ANTONIN. l. I. C. eodem.*

Exemplum fictionis impoſſibilis.

XIIII.

a) §. *praeced. 12.*

b) §. *praeced. 13. not. d.*

c) *pr. I. de ingenuis.*

ctio abſque vlla regeneratione praeſtitiſſet *d*). Et quid multis? Tacent de hac fictione omnia legum capita, & illae inprimis, ad quas reſpici certum eſt, IVSTINIANI Conſtitutiones *e*), in quibus & de ea, quam vulgo ſubeſſe putant, fictione altum eſt ſilentium, & de altera ne leue quidem veſtigium occurrit. Vt abſque illis legitimationum iura conſiſtere nulli dubitemus.

& ſilentio legum.

XV.

Fictionum natura,

Nimirum recte docuit vir, dum viueret, illuſtris SAMVEL STRYKIVS *a*), fictiones iuris nihil aliud eſſe, quam ſanctiones Legislatoris ſub aliquo colore id indulgentis, quod ſine eo aperte concedere potuiſſet. Vnde oppido falluntur, qui aliquam fictionum neceſſitatem ſibi imaginantur *b*). Nec ad eiuſmodi commenta deuenturos fuiſſe Romanos probabile eſt, niſi e re ſua credidiſſent, glaucoma obiicere ſimplicioribus, qui parum animaduertebant, fictionibus legum conditarum poteſtatem ſubdole ſolui a prudentibus & magiſtratibus, quos priſtinum ius manifeſte proculcantes minime erant toleraturi. Quin & ſi populi conſenſu antiquae iuriſprudentiae rigorem temperari expediret, forſan erat tanti, colore fictionis legum ſententiam potius circumuenire, quam ſacroſanctae XII. tabularum, quae pro inuiolabili publicae ſalutis fundamento habebantur, auctoritati

neceſſitas nulla,

ratio apud Romanos.

d) Cum fictio idem operetur, quod veritas, vt vulgo ex loco *MARCELLI in l. 1. pr. ff. de Adoptionibus* probant.

e) nempe *l. 10. & 11. C. de naturalibus liberis.*

XV.

a) *Vſ. Modern. Tit. de his, qui ſui vel alieni iuris ſunt* §. 17.

b) Quos egregie confutat *TITIVS dict. Diſput.* §. 7 - 28. ID. *iur. priuat. dict. cap. VIIII.* §. 4 - 7.

tati palam obrogare. Aſt vbi nulla calliditate opus eſt, & quod princeps iubet, omnium ſuffragiis legis habet vigorem; fictiones iuris, quae per longas ambages eo deducunt, quo recta via citius poterat perueniri, meras nugas eſſe ſolide demonſtrauit decus Lipſienſium GOTTLIEB GERARDVS TITIVS νῦν ἐν ἁγίοις c). *alibi ceſſans,*

XVI.

Confectarium, legitimationem fieri ſine fictione

Quam ob rem, cum in re ſeria nemo ludere praeſumatur, ſoli legis virtuti, abſque vlla fictione, adſcribimus, quod, qui ſtatim, vt natus eſt, in ſacris patris nec fuit, nec fuiſſe fingitur, poſtea tamen in poteſtatem redigatur, & aequo cum aliis legitime natis iure per omnia fruatur a). Niſi tamen ſpecialiter demonſtretur fundamentum priuilegii collocari in fictione, qua liberi ob ſubſequens matrimonium legitime nati intelliguntur. Quo probato fruſtra requiritur aut retrotractio matrimonii b), *in primis difficili.*

E aut

c) *dict. Diſp. §. 73. & cit. cap. VIIII. §. 18--24.*

XVI.

a) Neque enim hic quaeritur de aequalitate liberorum ante coniugium & eo conſtante genitorum, quoad originem & cauſſam efficientem, ſed quoad effectum: quem dubium non eſt exaequari poſſe, licet legitima natiuitas, quae eſt fons ordinarius iurium familiae, vtriſque pariter nec competierit, nec competiiſſe fingatur. Quid enim obſtat, diuerſas cauſſas idem operari, & quod his ius antiquum occaſione matrimonii partum praecedentis tribuit, idem illis leges nouas occaſione nuptiarum ſubſequentium indulgere? Add. *Illuſtr. THOMAS. ad Strauch. Diſſert. IIII. theſ. 3. p. 33.*

b) Sine illa enim legitimationem procedere poſſe ſatis etiam probatur argumento *N. 89. C. 11.* quo definitur, ex pluribus liberis naturalibus legitimos fieri, qui hoc beneficium deſiderant, qui illud reſpuunt, illegitimos manere: quod minime potuiſſet obti-

Digitized by Google

aut natiuitatis in ſequens tempus reiectio, ſed rectius obiter dicta obiter accipiuntur. Nam quia de fictionum inconcinnitate non eſt dubitandum, commenta, quae, quo difficiliora & operoſiora, eo nugaciora ſunt, abrumpere praeſtat, quam expolire, cum quilibet potius curis miſcere ſuis ſtultitiam breuem praeſumatur, quam id agere, vt cum ratione & grauitate, & ſcrupuloſitate ineptiat.

CAP. IIII.

NOVAE EMENDATIONES TENTATAE.

I.

Facilitas emendationibus inuentis nouas addendi.

PErluſtrauimus verſiculi noſtri emendationes, quotquot ab eruditis propoſitas deprehendimus. Nulli tamen dubitamus, quin ab aliis adhuc plures & veroſimiliores poſſint excogitari. Ea enim eſſe ſolet artis Criticae fortuna, vt non raro, quod ab aliquo inuentum tamquam reſtitutionem pulcherrimam diu plures admirati ſunt, tandem, alio probabiliorem & faciliorem correctionem reperiente, nemini pene amplius probetur. Quod facile contingit. Poteſt enim idem verbis pene iiſdem diuerſimode dici. Poſſunt etiam eadem pene verba exprimere res plures, aliquantum aut valde diuerſas, quae ſedem eandem occupare queunt, ſatis commode ſingulae, nec tamen ſemper ex aequo omnes, ſed aliquando vna altera commodius. In quo diiudicando quot capita, tot ſenſus occurrere minime mi-

obtinere, ſi iuſtae nuptiae ab initio interceſſiſſe fingerentur. Conſent. *KENNEM. M 1. D. 43. th. 12. not. a. & th. 16. lit. c. REINHARD. BACHOV. ad Treutler. Vol. I. Diſp. II. Theſ. VII. lit. B. ID. ad πρῶτα p. 248.*

mirum eſt. Erunt ergo forſan etiam, quos adhuc aliae verſus, de quo ſcribimus, lectiones delectabunt. Itaque horum gratia tentabimus, annon eundem ab incommodis, quibus ſecundum editiones receptas laborare creditur, noua quadam & probabili mutatione liceat liberare.

II.

Neque vero magnam haec res difficultatem habere videtur. Nam vt taceamus vix opus eſſe, vt, MVRETI exemplo, correctionem, quae longam dictionis inſolitae atque obſcurae interpretationem requirat, comminiſcamur; forſitan fruſtra quidquam aut in textu traiicitur, aut eidem inſeritur, aut ex eodem eiicitur, aut alterius litterae in alterius locum ſurrogatione mutatur. Forſitan ſola veteris ſcripturae reſtitutione difficultates omnes tollere, & citra ambages locum male vexatum primae integritati reddere licet. Age, tentemus. Quid ſi pro voce *procreati* reſcribamus *procreatis?* Vbi id fecerimus, in poſterum ita legemus: *Quod & aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint*, PROCREATIS, *ſimiliter noſtra conſtitutio praebuit.* Id ſi placuerit, habebis nouam lectionem, de cuius ſententia dubia quaedam eximenda erunt, at, iis remotis, ipſam emendandi rationem omnibus, quas huc vſque vidimus, praeferendam eſſe minime ambigimus.

Applicatio ad noſtrum verſum.

Emendatio I, ſi loco PROCREATI reſcribatur PROCREATIS.

III.

Quamquam enim modeſtiae laus negari non poteſt iis, quos, reliquo textu ſeruato, ſolum *et* vel in *ei* vel in *vt* mutare vidimus, non abeſt tamen omnis violentiae ſpecies, quoties alia plane vox, littera mutata, priori

Modeſtia huius reſtitutionis.

ſubſtituitur. Maxime quoties nulla apparet inter vtramque litteram, velut inter *E & V*, ſoni aut figurae ſimilitudo. Saltem facilius adhuc, ſcribarum incuria, voci, quae integra ſeruatur, litterula excidit, atque adeo vel ex hoc capite noſtra emendatio, qua illa inſeritur, probabilior videri poteſt reliquis, quibus aliud pro alio ponitur. Sed nec eo ſolo contenti eſſe cogimur, cum ipſa ſcripturae ſeries propiorem adhuc rationem nobis ſuppeditet, quare illam ipſam, quam reſtituimus, litteram facilius, quam aliam quamuis, perdi contigerit. Nimirum, quia ſequens vocabulum *ſimiliter* ab *S* incipit, eadem littera in fine verbi praecedentis culpa deſcribentium, ſi non leuiſſima, leui certe, omitti potuit. Quodſi enim ponas, alio dictante, alium ſcripſiſſe; incertum eſt, vtrum ſatis recte atque attente ille pronunciauerit, hic exaudiuerit. Igitur alterutrius vitio, concurrente duplici *S*, ſonus confundi aureſque falli potuerunt facillime, vt prior littera maxime in fine vocis non perciperetur. Sin ipſam ſcripturam intuearis, notiſſimum eſt iis, qui haec Critica tractant, quantus ſit apud veteres vſus geminationum *a*). Scilicet litteram eandem librarii vno charactere maiuſculo bis exprimebant *b*). Ad-

quae vix leuiſſimam mutationem continet,

ſed meram explicationem geminationis

facile praeteruiſae.

a) Vid. *TAVRELLIVS Praefat. ad Pandectas Florentinas LVDOV. CHARONDAS ad l. 6. ff. d. diuerſ. & tempor. GERARD NOODT Probabil. Iur. Ciuil. l. 2. c. 4. p. 51. ID. lib. 2. c. 16. p. 460-461. IACOB. GOTHOFRED. ad l. 1. ff. d. R. I. ID. Animaduerſ. iur. ciu. c. 9. J. ANT. FABER. d. Error. Pragmat. P. 3. Dec. 75. Error. 2.*

b) Immo ſaepe litteras geminandas ſemel tantum eodem charactere

Adeoque ſi ſcriptum fuiſſe dicamus, *procreatiSimiliter*, hac ſigla denotabatur id ipſum, quod nos legendum coniicimus, *procreatis ſimiliter*. Quod quam facile praeteruideri, aeuo in primis barbaro, potuerit, per ſe ſatis patet. Hac ergo ratione, nulla prorſus mutatione interueniente, ſed veteris tantum ſcripturae vi reſtituta *c*) priſtinam lectionem reduxiſſe videmur.

IIII.

Sed de ſcriptura forte nemo litigabit, qui id, quod ea exprimit, menti Imperatoris conuenire credet. Igitur ſenſus illuſtrandus & ab incommodis, quibus premi videtur, liberandus eſt. Quid ergo velit haec reſtitutio, minime obſcurum eſt. Nempe ampliat praecedentia ad caſum, ſi alii liberi ex eodem matrimonio poſtea fuerint procreati. Quippe generaliter antea traditum fuerat, eos qui ex conſuetudine mulieris, cuius nuptiae legibus non repugnant, inſtrumentis dotalibus haud confectis generantur, non naſci legitimos, ſed tamen poſtea nuptialibus documentis interuenientibus ex Iuſtiniani lege in poteſtatem patris redigi. Iam ergo ſubiicitur, id tum quoque, *ſi alii liberi ex eodem matrimonio deinde geniti ſuperuenerint*, obtinere. Nam *hoc quoque caſu* liberis legitimatis *ſimiliter*, ac ſi ſoli parentibus forent ſuperſtites, *proſpectum eſſe*. Nec de ratione huius iuris mul-

Senſus reſtitutionis, ampliatio ad caſum, ſi liberi ſuperuenerint.

ctere ſcribebant, & lectori neceſſitatem illas iterandi, nullo ſigno indicioue addito, ex ſolo ſenſu diiudicandam relinquebant. Quod etiam in Pandectis Florentinis factum eſſe docet *GVLIELM. BEST Rat. Emendandi leg. C. I. Sect. IIII.*

c) Geminatio enim potius ad explicationem, quam mutationem, refertur. *BYNCKERSHOEK Obſ. Iur. Rom. Lib. IIII. Cap. VIII. p. 372. cap. X. p. 381. cap. XXV. p. 445.*

multum ambigi debere. Quamquam enim forte legitimationis natura hoc minime videatur inuoluere, tamen id quoque *Imperatoris conſtitutione* definitum atque adeo omnia, quae de hac quaeſtione moueri potuiſſent, dubia amputata fuiſſe. Quae ſingula IVSTINIANI conſtitutioni *a*), qua id ipſum cauetur *b*), apprime conueniunt.

constitutioni Iuſtiniani conuenientiſſima.

V.

Dubia aduerſus hanc reſtitutionem. 1) Hoc ſenſu iam *ſufficere Cuiacii emendationem.*

Eſt hic ſenſus noſtrae lectionis, niſi oppido fallimur, rotundus, vt, quod dictionis euidentiae opponatur, minime videatur metuendum. Nec tamen diſſimulandum eſt, eſſe alia, quae moneri poſſint. Primum, ſi id verſu noſtro innui cenſendum eſt, iam ſufficere videbitur CVIACII lectio *a*), qua, ſi attentius conſideretur, idem omnino exprimi apparebit; vt veroſimile ſit, eiuſdem auctores de hoc ipſo, de quo nunc agimus, ſenſu potius cogitaſſe, quam de altero, qui cum editionibus receptis coincideret, adeoque non poſſet non correctionem aut ſuperfluam, aut paribus, cum ipſo textu corrupto, naeuis laborantem continere *b*). Vnde ICtum maximum eundem in mente habuiſſe in dubio praeſumi nequit. Sed non ſufficit ſententiam commodam locis mendoſis ſubſtituiſſe, niſi id planiſſime fiat, ac

Reſp. Eam eſſe nimis violentam

IIII.

a) *l. 10. C. de naturalibus liberis*, ad quam in *hac. §.* reſpici omnes conſentiunt.

b) Verbis: *ne poſteriores liberi, qui poſt dotem editi ſunt, ſibi omne paternum patrimonium vindicare audeant, quaſi iuſti & in poteſtate effecti, fratres ſuos, qui ante dotem fuerant nati, ab hereditate paterna repellentes.*

V.

a) quam vid. *Cap. II. §. 2.*

b) Vid. *d. Cap. §. 4.*

ac eo ſimul allaboretur, vt ab eorum verbis quam minime recedatur. Vnde non raro videas, maximos Criticos inter ſe contendere de emendatione locorum, quibus quid exprimi debeat, vno omnes ore conſentiunt *c*). Licet ergo vtraque lectio in re conueniat; noſtra tamen praeferri merebitur, ideo quia maxime perſpicua & facillima eſt, cum contra altera CVIACII & inter duos diuerſos ſignificatus ſuſpenſa fluctuet, & magnam conſuetis editionibus ſtragem minetur.

VI.

Erunt tamen, qui vtramque lectionem improbabunt, quaſi ſuperfluam ac in re extra dubium poſita, quamque adeo inutile fuiſſet monere, occupatam. At vero primum nimiam & noxiam credimus eorum ſolertiam, qui verba iuris Iuſtinianei non aliam ob cauſſam, quam quod rem indubiam exprimant, aliter aut explicanda aut ſcribenda eſſe ſibi imaginantur. Quod quam ſine ſolida ratione fiat, in Inſtitutionibus potiſſimum, in aprico eſt: cum impoſſibile ſit, prima iuris elementa tradere, nec tamen afferre plurima, de quibus nemini iuriſperito vmquam in mentem venit dubitare *a*). Deinde

Dubium 1) *ampliationem eſſe ſuperfluam. Reſp.* α) non omnia, quae certa ſunt, eſſe ſuperuacanea, β) nec deeſ-

c) Ita *VLPIANVM in l. 15. §. vlt. ff. de Vſufructu* proprietario ius conſtituendi ſeruitutem in fundo fructuario, conſentiente domino vſus fructus, concedere voluiſſe conſentiunt *HVBERVS, ECK, BINKERSHOECK, alii*, & tamen inter ſe diſceptant de vera reſtitutione loci, quem perperam putant deprauatum. Verius enim eſt, quod nunc & ICtus doctiſſimus *REINOLDVS* agnouit *Exercitat. Francof. Tom. II. ſect. I exercit. I*, fundo fructuario ſecundum VLPIANVM plane ſeruitutem imponi non poſſe.

VI.

a) Ita per rerum naturam non poteſt non patria poteſtas ſoli

ſe rationes dubitandi

inde poterat diſceptari, annon, ſuperuenientibus aliis liberis, matrimonio iam contracto natis, ceſſet priuilegium antea natorum, idque ideo, quia dubium erat, vtrum legitimatio locum haberet, ſi adeſſent liberi legitimi *b*). At cum concubinam quemque ſuam vxorem ducere non modo permiſerint, ſed & optauerint Romani Principes *c*): non videntur minora iura competere debuiſſe liberis ex iuſto cum ea, ad quam pater conſuetudinem habuerat, matrimonio natis, quam aliis ante concubinatum inchoatum legitime procreatis, qui fratres naturales legitimorum iura conſequi non patiebantur. Tandem quaeſtio, quae in ipſis rerum argumentis forenſes lites excitauit, ac Caeſaream deciſionem meruit *d*), vtcumque nobis Domitiana videri poſſit, indigna cenſeri non debuit, quae Inſtitutionibus inſereretur.

γ) & de facto controuerſiam incidiſſe.

VII.

Dubium 3) *legitimationem non euerti alio matrimonio foecundo*.

Dices forte, legitimationis vim hac ratione prodi potius ac imminui, quam ampliari: vtique ſi a contrario ſenſu argumentemur. Quicquid enim tum quoque cum alii liberi ex EODEM matrimonio poſtea procreati fuerint, conceſſum aſſeritur, id eo ipſo tacite videtur denegatum, ſi alii liberi ex *aliis* nuptiis poſtea generentur. At vero ius legitimatis ſemel quaeſitum, poſt diſſolu-

ui patris morte, quae omnia ſoluit. Et tamen hic modus tollendi patriam poteſtatem inter alios recte inculcatur *pr. I. Quibus modis ius patriae poteſtatis ſoluitur*.

b) Vt indicat *Nou. 12. c. 4.* quo affirmantium ſententia confirmatur. Add. *Authent. Quod ius C. de naturalibus liberis*.

c) *IAC. GOTHOFREDVS ad l. 1. C. Theod. de naturalibus filiis p. 351. ſeqq.*

d) quod de noſtra teſtatur *l. 10. C. de naturalibus liberis*.

ſolutum cum ipſorum matre coniugium, noua vxore ducta & prole ex illa ſuſcepta, iis iterum adimi nec ratio aequitatis, nec leges patiuntur. Grauis obiectio. Sed notum eſt, argumentis a contrario ſenſu ductis non ſemper locum ſatis tuto dari *a*). Inſtitutiones certe hoc genus illationis non vbiuis admittunt, ſed ſecundum leges Digeſtorum & Codicis, vnde deſumtae fuerunt, interpretationem poſtulant, nec vlterius extendendae ſunt. Sufficit ergo lectionem hanc cum Conſtitutione Iuſtiniani ſaepius allegata, quae ipſa quoque legitimatis aduerſus fratres germanos tantum proſpexit, & per id ipſum eiuſmodi argumentationibus occaſionem ſtatim praebuit, conuenire. Sufficit ipſum Imperatorem alibi *b*) teſtari, ſe cum tali intellectu legem illam numquam poſuiſſe.

Reſp. α) id non probari argumento incerto a contrario ſenſu, β) idem obiici poſſe Conſtitutioni Caeſaris; γ) ſed eius menti repugnare.

VIII.

Quodſi nihilo ſecius cum HOTOMANNO, & qui eum ſequuntur, emendationem deſideres, qua alter ſenſus exprimatur; ne ſic quidem noſtram coniecturam deſeri neceſſe eſt. Cum enim facile ſit eandem auctario donare, non refragabimur, quominus negatio, ſi ita videbitur, eidem inſeratur. Per nos igitur legas licet: *Quod & aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint, NON procreatiS, ſimiliter noſtra Conſtitutio praebuit.* Ita habebis, quam cupis, ſententiam, in qua nihil eſſe, quod deſideretur, ſatis probant, quae modo dixi-

Emendatio II. vice PROCREATI legendum NON PROCREATIS:

VII.

a) Vid. *NICOL. EVERHARDVS a MIDDELBVRG. locis Argumentor. Legalibus Loco 82.*

b) *Nou. 12. cap. 4.*

Cum non inſolitum ſit, inferi negationem.

diximus *a*). Nec iſta emendandi ratio diſplicere debet iis, qui his ſtudiis delectantur. Norunt enim particulam negandi, quam ſalutarem vocant, ex Criticorum ſententia in loca legum *b*) quam plurima irrepſiſſe & adhuc pluribus excidiſſe, quae eadem vel demta vel inſerta feliciter reſtituta fuiſſe magni nominis ICti arbitrantur *c*). Horum igitur veſtigiis dum inſiſtimus, non audemus ſpondere, fore neminem, cui tutam frequentemque viam ſecuti eſſe, nec, quod pueri in faba, inueniſſe videamur. Age igitur, quomodo defendi poſſit emendatio, quam ipſi non facimus tanti, vt de ea cum quoquam contendere operae pretium putemus, breuibus diſſeramus.

VIIII.

Obiectio: periculoſam eſſe licentiam inſerendi particulam NON.

Quippe alii, eum textus iuris religioſiſſime tractandos inculcant, nihil non modo minus ſalutare, ſed & magis pernitioſum, eſſe contendunt, quam legibus addere aut demere particulam ſalutarem. Cum enim dictio *non* ſtupendae ſit efficaciae, atque vnico momento ſenſum priori plane contrarium, ſed ingenio interpretis accommodatum producat; nihil manſurum integrum, nihil inuiolatum, nec quicquam amplius certum videri, ſi huic particulae graſſandi licentia detur. *a*) Eam vero ſine

VIII.

a) §. *praec. 8.* Add. *Cap. II. §. 10.*

b) de aliis ſcriptoribus Graecis Latiniſque add. *FRANC. ROBORTELLVS d. art. ſ. ration. corrigendi antiquorum libros p. 20--24.*

c) Add. *ANT. AVGVST. Emend. l. 1. c. 2. l. 4. c. 17.*

VIIII.

a) *GVILIELM. BEST. Rat. emendand. leg. cap. I. Sect. XV.*

Digitized by Google

ſine praeſentiſſimo multorum exitio concedi non poſſe. Salutem enim cauſſae pendere ab vna negatione vel adiecta vel ſubducta. Quodſi ergo eiuſdem aut inſertio aut eiectio interpretum arbitrio permittatur; fore, vt quem lectio recepta debitorem conſtituit, eundem, facili opera liberum, inſerto inficiationis ſigno, pronunciet Criticus; qui eodem aliunde eiecto viciſſim alii, quantumuis ſecundum conſueta legum volumina nihil debenti, pari facilitate inuito obtruſurus ſit creditorem *b*).

X.

Reſponſio α) parem rationem eſſe aliarum emendationum,

Graues querelae, & attentiore penſitatione digniſſimae! Forte tamen illae plus probant, quam hi, qui eas mouent, cupiunt, quandoquidem omnes emendandi modos feriunt. Vt enim non niſi de modeſtiſſimis dicam, quis ſola etiam interpunctionum mutatione, prorſus inuerti ſenſum ignorat, aut eandem vim merae vocum tranſpoſitioni negare poteſt *a*)?

β) adeoque ſufficere procliuem errorem,

Videtur igitur ex regulis Critices non minus licitum, negationis adiectione vel expunctione, quam alia quauis ratione, loca mendoſa reſtituere, modo vtrobique probabilis admiſſi ſphalmatis cauſſa oſtendatur. Id vero hic facillimum nobis eſt, qui particulam ſalutarem non fatali quadam, & cuius ratio dari nequeat, ſcribarum incuria periiſſe dicimus, ſed veroſimili procliuis naeui coniectura nitimur.

eundemque patere.

Quodſi enim praeſtruas, primum litteram *S* excidiſſe, quod prono admodum errore contingere potuiſſe probatum eſt *b*);

b) *CORN. van BYNKERSHOEK Praefat. ad Obſeruat. Iur. Roman. pag.* *** *3.*

X.

a) Vid. *Cap. III. §. 7.*
b) *§. praec. 3.*

non potuit non deinceps negatio, tamquam ſuperflua & ſenſum turbans, omitti: cum manifeſtiſſimum ſit, eam, ſi caetera ſe recte habeant, abundare. Quis enim credat, probe ſcribi, quod omnium aures offendit, nec interpretationem tolerabilem admittit: *Qui ex eodem matrimonio fuerint NON procreati?*

XI.

Emendatio III. inſerta voce CARENTI.

Succurrit & alia correctio ab ea, quam modo tentauimus, parum diuerſa. Poteſt enim textui recepto inſeri vox *carenti*. Quo facto legetur: *Quod & aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, CARENTI ſimiliter noſtra Conſtitutio praebuit.* Senſu, vt

Eius ſenſus.

videtur, ſatis plano, cum eadem, de qua modo egimus, ſententia aliis tantum verbis exprimatur. Conſiderauerat Imperator titulo praecedente *a*) patriam poteſtatem, tamquam ius aliquod, ſiue priuilegium patri competens, idque procreatione ex iuſtis nuptiis acquiri dixerat. Hac occaſione iura nuptiarum noſtro titulo executus erat. His abſolutis addit legitimationem, vt alium modum acquirendi patriam poteſtatem, ac docet, aliquos, tametſi extra legitimum matrimonium genitos, poſtea nihilominus in poteſtatem redigi curiae oblatione & coniugio ſubſecuto *b*). His praemiſſis controuerſiae, qua, ex defectu liberorum poſt dotalia inſtrumenta ſuperuenientium, poſtrema legitimatio in dubium vocata fuerat, memor optimo iure addere potuit, ſe id ipſum, de quo praeceſſerat, nempe effectum patriae poteſta-

XI.

a) VIIII. *de patria poteſtate.*

b). *§. vlt. I. de nuptiis*, vnde verſus noſter deprom̃tus eſt.

Digitized by Google

teſtatis ſua Conſtitutione etiam illi *c*) praebuiſſe, qui liberis ex matrimonio poſtea ſubſecuto natis CARERET: ſiue non progenita fuerit poſt dotem conſcriptam ſoboles, ſiue edita quidem, ſed iterum ab hac luce ſubtracta *d*).

XII.

Excuſatio intruſae vocis integrae, ſed quam excidiſſe probabile eſt.

Sed quid illis reſpondebimus, quibus nimis temerarium videbitur, vocem integram trium ſyllabarum intrudere? Cederemus ipſi obiectioni ſatis graui, & nequidem excuſaremus audaciam noſtram, niſi color eſſet in promptu, quo vocem illam non improbabiliter excidiſſe forſan alicui Criticae libertati adſueto, perſuaderi poſſit. Nempe iiſdem fere ductibus conſtant litterae A. & *N.* ſaltem poſtremo crure litterae *N.* negligentius depicto, vt omiſſum videri queat, facillime legi poteſt A. Quemadmodum igitur litteras N. & V. ob figurae ſimilitudinem ſaepe commutatas eſſe Criticorum coniectura eſt *a*): ita nihil impedit, quo minus ob eandem rationem litterae A. & *N.* eidem fato obnoxiae credantur, vt alteram in alterius locum migraſſe minime mirum videri debeat. Fieri ergo potuit, vt pro *carenti* legeretur *careati.* Hoc conceſſo, cum praecedens *creati* vitioſe a ſcriba repetitum videri potuerit: facile contigit, ab aliis denuo deſcribentibus vocem integram, vt erroneae ſuperfluitatis manifeſtam, omitti. Par ratio eſt, ſi aliud, quantumuis leue, mendum primum irrepſiſſe

 con-

c) patri nimirum.
d) Vid. *l. 11. C. de naturalibus liberis.*

XII.

a) CORN. *van* BYNKERSHOEK *obſeru. Iur. Roman. Lib. I. Cap. VI.*

Digitized by Google

coniicias: veluti ſi pro *carenti* vel *crenti* vel *careti* vel demum ſimile quid poſitum fuiſſe dicas. Iam eiuſinodi fere ſuppoſitionibus ars leges emendandi magnam partem conſtat, quod pluribus exemplis doceri, eoque ipſo haec etiam lectio aduerſus illos, qui eam forte difficilibus nugis annumerabunt, defendi facile poſſet. Sed ſuperuacaneum eſt, ex moribus, inter Criticos in emendatione locorum mendoſorum receptis, correctionem, quae nobis quoque, quamquam ex alia ratione, diſplicet, prolixius tueri.

CAP. V.

LECTIO RECEPTA AB EMENDATIONIBVS INTEMPESTIVIS VINDICATA.

I.

Connexio. SAtis, pene dixerim, nimium & temporis & chartae abſumſimus in emendationibus loci noſtri adducendis & examinandis. Quam ob rem forſan aliqui verebuntur, ne nimis liberaliter Criticis dederimus, lectionem receptam adeo aegroeare, vt medicam manum omnino deſideret. Sed ab hac ſententia tam alieni ſumus, vt, ſi ea nobis vere imputari poſſet, veniam erroris petere, quam eundem defendere mallemus. Enimuero vulgarem ſcripturam tolerari poſſe nuſquam negauimus. Saltem ita vulgo videri iudicio noſtro ſuſpenſo, recenſuimus *a*), ac deinde executi ſumus, quae

Quaeſtio. poſita illa hypotheſi dici debere putauimus. Iam ipſam quo-

a) Cap. I. §. 8 -- 11.

quoque ſub incudem reuocabimus, perpenſuri, vtrum verba, de quibus quaerimus, pro deprauatis haberi neceſſe ſit, an vero aut interpretationem admittant, ſecundum quam, ſi non probe poſita, tamen non plane inepta cenſeri queant, aut ſaltem, vt aliis TRIBONIANI doctrinis non deteriora, pro partu illius ſamilia non indigno haberi mereantur. Quandoquidem per ſe patet, in libris iuris religioſius verſandum eſſe interpreti, quam ſcriptori in ſuis Commentariis. In his mutare, addere, detrahere licet pro lubitu. At in legibus quoties recepta ſcriptura, licet non optima, bona tamen eſt, aut ſaltem quomodocunque tolerari poteſt, nihil innouare oportet. Immo licet quaedam occurrant excuſatione per ſe penitus indigna, ſed tamen prauo auctoris mori conuenientia, ne illa quidem expungere ius eſt Critico, cuius munus tantum eſt, prouidere, vt correcta legantur, quae legum compilatores collegerunt; non vero, ne nihil ſpongia dignum ſuperſit, praeſtare *b*).

trum emendatio hic neceſſaria,

& Critici officio conueniens?

II.

Quo praeſtructo neſcio, annon potiſſimum totius ſtudii, quod Inſtitutionibus emendandis impenditur, fundamentum magnam partem corruat. Nam cum notum ſit, prima haec legitimae ſcientiae elementa non ſine plurimis, iisque grauiſſimis erroribus in lucem prodiiſſe: poteſt dubitari, annon qui naeuos lectionis communis tollere laborant, plerumque non tàm Criticos agant, quam Paedagogos imitentur. Hi quae a tyronibus perperam poſita deprehendunt, pro lubitu delent, ac in eorum

Negatur 1) etiam poſito naeuo *ob hallucinationem* α) *Triboniano* in Inſtitutionibus *familiarem,*

b) Confer. *IO. CLERIC. Art. Critic. P. 3. S. I. C. 13. §. 2.*

Digitized by Google

eorum locum meliora reponunt, non qualia diſcipuli meditati fuiſſe videntur, ſed quae dici debuiſſent. Contra legum emendatoribus, cum, non quae auctores peccarunt, corrigere, ſed primam eorum lectionem reſtituere debeant, ſupponendus eſt non ipſius operis, ſed Codicum error. De hoc vero in Inſtitutionibus vt plurimum res obſcuriſſima eſt. Aiunt, minus recte hoc vel illud dici, nec ad locum, cui lis mouetur, tuendum ſufficere, quae morbo palliando afferri poſſunt, excuſationes. Quid amplius? Inde colligunt: Perperam haec TRIBONIANVS ſcripſiſſet, ideo non poteſt non alia omnia ſcripſiſſe. Infirma argumentatio. Si aurei eſſent ac limatiſſimi Inſtitutionum libelli, haud abs re forte inſoliti vitii culpa in ſcribam reiiceretur. At cum nimis euidenter paſſim appareant earum naeui, quare contra fidem codicum hoc vel illo loco probe locutum credamus Tribonianum, quem multa perperam dixiſſe ſcimus *a*)? Sed non immorabor exceptioni generaliori. III.

II.

a) Ita §. *3. I. de Lege Falcidia* perperam tradit, hereditate quadringentorum relicta, ſi trecentos quinquaginta legatos fingamus: *octauam* debere detrahi ſingulis legatariis nomine Falcidiae. Quodſi enim ex legatis trecentorum quinquaginta deduceretur pars octaua, heres non retineret niſi quadraginta tres cum dodrante ($43\frac{3}{4}$) adeoque legatariis teneretur ſoluere ducentos ſex & quadrantem ($206\frac{1}{4}$) At conſtat, eum non niſi ad dodrantem integrae hereditatis praeſtandum teneri, quadrantem vero beneficio legis Falcidiae ſaluum habere. Iam cum ponatur hereditas quadringentorum, euidens eſt officio ſuo ſatisfacere heredem, quoties legatariis trecentos ſoluit, ceteros centum ipſius eſſe: adeoque cum ſecundum teſtamen-

III.

Propius ad rem facit, quod in hoc ipſo argumento pro Imperatoria ſanctione aliam nobis ſententiam obtrudant, ac IVSTINIANI Conſtitutio *a*), quam verbis, loco noſtro praemiſſis, indigitari nemo dubitat, ſuggerit. Quippe de legitimatione liberorum illegitimorum plane non egerat edictum Caeſareum, ſed in re dubia

b) *ſimilem circa ſenſum l. 10. c. d. nat. lib.* quae de legitimatione non agit,

G

ſtamentum defuncti ex eius bonis tantum quinquaginta conſequatur, optimo iure ex legatis pro rata retinet alios quinquaginta. Quo poſito ex trecentis quinquaginta non octauam, ſed diſtricte *ſeptimam* partem ſibi vindicabit, eandemque *ſeptimam* portionem e ſingulis legatis deducet. Vid. *BIBLIOTHEC. MISCELL. Sect. X. art. I. p. 878.* Scio doctiſſimum *GOTTL. GERHARD TITIVM* ſuppetias *TRIBONIANO* tuliſſe *iur. priuat. lib. VII. cap. IX. §. X. in fin. pag. 940.* vbi ait: *Sed octaua pars, de qua ibi ſermo eſt, non debet intelligi ratione ſummae legatae, ſed totius patrimonii, nempe 400. quo facto calculo conſtat ratio.* Verum tota Inſtitutionum ſeries oſtendit, hoc eo ſenſu ab earum auctoribus haud fuiſſe ſcriptum. Aiunt: *Itaque ſi fingamus quadringentos aureos legatos eſſe, & patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringentorum eſſe: quarta pars LEGATARIIS SINGVLIS debet detrahi. Quod ſi trecentos quinquaginta legatos fingamus: octaua debet detrahi. Quod ſi quingentos legauerit: initio QVINTA, deinde quarta detrahi debet.* Inde apparet, non doceri his verbis, quae pars *patrimonii* heredi ſalua eſſe debeat, ſed agi de *quota parte legatorum ſingulorum,* ideoque praecipi, vt poſtremo caſu primum *quinta eorum,* non hereditatis, detrahatur. Manifeſtum igitur eſt, calculum minus recte ſubductum fuiſſe, nec tamen ideo quiſquam mendam ſubeſſe credet aut ſcribis imputabit errorem auctorum etiam alibi in ratiociniis ordinandis parum felicium. Vid. *§. 16. J. de Excuſationibus tutorum vel curatorum.*

III.

a) *l. 10. C. de naturalibus liberis.*

Digitized by Google

ſed falſo de ea explicatur in Inſt.

Cod.

& Nouellis.

bia conſuetudinem, cui poſt liberos genitos dotalia inſtrumenta accedunt, inde ab initio pro iuſto matrimonio haberi praeceperat: addita ratione, quod non eſſet *veriſimile, eum, qui poſtea vel donationem vel dotem conſcripſerit, ab initio talem affectionem circa mulierem non habuiſſe, quae eam dignam eſſe uxoris nomine faciebat b*). Contra Inſtitutiones illa ſanctione *liberos, qui ſtatim, vt nati ſunt, in poteſtate parentum non ſunt, poſtea redigi in poteſtatem patris* tradunt. Praeter mentem Imperatoris, at non TRIBONIANI, cuius verba hic quoque deprauata videri minime poſſunt. Nam & ipſe alibi *c*) quoque idem docuit, & error huius interpretationis poſtea in ius abiit, quod & Compilatores Codicis repetitae praelectionis *d*) & recentiores IVSTINIANI Conſtitutiones *e*) confirmarunt. Non eſt igitur, cur potius libros omnes mendae debeamus inſimulare, quam agnoſcere errorem in excerpendis iis, quae de liberis legitimis dicta erant, admiſſum a TRIBONIANO, a quo manifeſtum eſt, *eadem* §. de legitimatione explicatam fuiſſe legem, in qua eius rei nec vola nec veſtigium occurrit.

IIII.

---

b) Addatur *Vir Illuſtris THOMASIVS*, qui hoc primus vidit, & euidentiſſime probauit *Diſſert. d. Vſ. Practic. doctrinae L. de Legitimation. C. I. th. 9. not. B. p. 21--29.*

c) *§. 2. I. d. hereditatibus quae ab inteſtato deferuntur.*

d) Ab his enim probabile eſt *legi 11. C. de natur. liber.* additum fuiſſe introitum, quo *lex 10.* eodem ſenſu explicatur: *Nuper legem conſcripſimus, qua iuſſimus, ſi quis mulierem in ſuo contubernio collocauerit, NON AB INITIO ADFECTIONE MARITALI. Ill. THOMAS. dict. loc. p. 29. 30.*

e) *Nou. 18. c. 11. Nou. 89. c. 8.* quae leges iſtas pariter de *naturalibus* liberis interpretantur.

IIII.

Adde, quod vitia aetati ſectaeque auctorum familiaria ipſis imputanda ſint, non pro deſcribentium erroribus habenda. Conſequens eſt igitur, genuinam credi debere ſcripturam, de qua quaerimus, ſi dicat idem, quod aliae quoque leges, aeui inprimis Iuſtinianei, ſiue probe, ſiue perperam, loquuntur. Id vero probatu facile eſt, cum iam a CONSTANTINO M. edictum, praeter alia capita, de liberis ex concubina in matrimonium ducta *POSTEA PROGENITIS, LEGITIMIS HABENDIS* promulgatum fuiſſe conſtet *a*). Idemque renouatum nouimus ab Imperatore ZENONE, qui inter alia, eos *CONIVGIVM LEGITIMVM CVM HVIVSMODI MVLIERIBVS INGENVIS POSSE CONTRAHERE* iuſſit *b*). Gemina IVSTINIANVS inſeruit nouae Conſtitutioni *c*), forſitan ab ipſo TRIBONIANO conſcriptae, qua priorem liberis ex quondam concubina genitis, etiamſi alii filii legitimi exſtent, prodeſſe non multo poſt declarauit. Tradidit enim, quid ſtatuendum, *ſi legitimorum quiſquam ſit pater, & abeunte eius vxore ex hominibus, aut etiam legitime tranſigente, habuerit quandam conſuetudinem ad aliam mulierem, quam licebat etiam legitime ducere vxorem, & fuerint ei filii, aut ante dotalia documenta, ſi tamen ea fecit,* ***AVT ETIAM POSTEA,***

& conſenſum c) veterum legum

Conſtantini M.

Zenonis

& Iuſtiniani

G 2 V.

IIII.

a) teſte *ZENONE in l. 5. C. de nat. lib.* ab initio.
b) *dicta leg. 5.*
c) *NOVELL. 12. cap. 4.*

Digitized by Google

V.

ac d) Theophili

Graeci Paraphraſtae

fide digniſſimi.

Eſt & alia ratio genuinam antiquorum auctorum lectionem inueſtigandi, ſi veteres interpretes conſulantur, &, quomodo ipſi legerint, ex eorum translatione colligatur. Haec quoque opera vulgo receptis loci noſtri editionibus opitulatur. Nam *ſecundum ea, quae Imperatoris Conſtitutione comprehenſa ſunt: non ſolum qui ante dotalia nati fuerint, ſed etiam hos, quos poſtea naſci contiget, patriae poteſtati ſubiici* etiam Graecus Inſtitutionum Paraphraſtes ſcribit *a*) eoque nomine perperam vapulat Commentatori, idem, quod aduerſus textum receptum vrgetur, obiicienti *b*). Bonum factum! Nam etſi detur, Paraphraſin illam a Theophilize Graeco Baſilicorum interprete fuiſſe compoſitam, tamen auctoritas hominis libris veteribus inſtructi haud leue ad tuendam lectionem, communi Codicum conſenſu probatam, pondus habere deberet, potiſſimum apud Criticos, qui interpretes Graecos etiam ad ea, quae in libris iuris noſtri deprauata creduntur, reſtituenda maximo vſui eſſe contendunt *c*). Iam vero theſaurum iſtum huc vſque immerito neglectum *d*) veteri THEO-PHI-

V.

a) *THEOPHILVS Paraphraſ. Graec. Inſtit. hic.*

b) *CAROLVS ANNIBAL FABROTVS ad dict. loc. nota O. Non percepit*, inquit, *Iuſtinianum Theophilus: nec enim indigent principali beneficio, qui ex iuſtis nuptiis procreati ſunt.*

c) Vid. *GVILIELM. BEST Ratio emendandi leges c. I. §. 17.*

d) Forſan operae pretium foret, data opera *THEOPHILO iniuria vapulanti* ſuppetias ferri. Sane ſaepius ideo male audit, quia veriora docet, quam vulgo traduntur. Ita originem SCti Macedoniani ieiune recitare videtur *G. BEYERO ad ff. 1.*

PHILO, TRIBONIANI in Inſtitutionibus concinnandis collegae, denuo vindicauit Vir meritis in or- G 3 bem

ff. t. d. Or. Iur. poſ. 107. cum tamen Macedonem etiam ſepoſito THEOPHILI teſtimonio, potius filium familias, quam foeneratorem fuiſſe appareat. Hiſtoriam *VLPIANVS l. 1. pr. ff. de Senatus conſulto Macedoniano*, ipſis Senatus conſulti verbis ita refert: *Cum inter ceteras ſceleris cauſſas Macedo, quas illi natura adminiſtrabat, etiam aes alienum adhibuiſſet, & ſaepe materiam peccandi malis moribus praeſtaret, qui pecuniam (ne quid amplius diceretur) incertis nominibus crederet &c.* Iam ſi Macedo, quemadmodum vulgo ſentiunt, improbus foenerator credatur; quodnam dicemus eius *ſcelus* fuiſſe, cuius *cauſſas* praeter peruerſam indolem etiam mutua pecunia prabuerit, quae illicito foenori expoſita potius *ipſum* eius *ſcelus* conſtituiſſet? Quomodo ipſe, vtpote creditor, adhibuiſſet *aes alienum*, qua voce id intelligitur, *quod nos aliis debemus, non quod alii debent*, quod proprie *ſuum* vocatur interprete eodem *VLPIANO l. 213. ff. de verborum ſignificatione.* Ad huius vero mentem ſine dubio ambigua verba SCti rectius explicantur ex vſu communi, quam ſecundum alios, qui *τὸ aes alienum*, quemadmodum debitum, de omni tam actiuo quam paſſiuo dici contendunt, aduerſus receptam loquendi rationem. Contra plana omnia & extra dubitationem poſita apparebunt, modo recentiorum opinationibus praeferatur doctrina THEOPHILI temporibus illis longe propioris, quemque probabile eſt, ſua aetate adhuc integram Macedonis hiſtoriam ex coaeuis monumentis didiciſſe. Ita enim ille ad §. 7. *I. Quod cum eo, qui in aliena poteſtate eſt: Fuit quidam Macedo Romae (id enim ei nomen erat) qui cum in poteſtate patris eſſet, grande aes alienum contraxerat, ſperans futurum, vt mortuo patre ſuo facile id diſſolueret. Cum multum iam temporis tranſiſſet, grauis ei & moleſtus coeperat eſſe creditor debitum repetens. Macedo, quum non haberet, vnde redderet (nam quomodo, qui in poteſtate eſſet?) patrem ſuum occidit.* Hoc admiſſo euidens eſt, quid velit Senatusconſultum ab VLPIANO relatum: *Cum inter ceteras ſceleris*

bem litterarium celeberrimus *e*). Quo poſito minime amplius dubitandum eſt de fide lectionis communis, & antiquorum MSS. adſenſu munitae, & ab ipſo THEOPHILO, qui ad compoſitionem Inſtitutionum cum TRIBONIANO & DOROTHEO operas contuliſſe creditur, comprobatae.

VI.

Neceſſitas emendationis negatur a) *negato naeuo Triboniani*, qui ſatis habuit excerpere.

Hinc ergo ſatis, ni fallor, probabile redditur, ſi quidem omnino ſubſit error, eum compilatori, non librario tribuendum, adeoque potius cenſura notandum, quam, aptiore lectione ſubſtituta, tollendum eſſe ac diſſimulandum. Forte tamen nec errauit TRIBONIANVS, cuius erat, nouarum Conſtitutionum ſummis ſynopſin ſuam augere, non, quae in iis peccata erant, omnia emendare. Igitur etiam, quae perperam Caeſareis legibus inſerta fuerant, recte in Inſtitutionibus repetebantur. Quam ob rem noſter etiam locus, qualiſcunque fuerit, ſanus omnino cenſeri meretur, modo

Praeſumtio cum IVSTINIANI lege conueniat. Id vero omnino

leris (parricidii nempe) *cauſſas* (impulſiuas) *Macedo* (luxurioſus filiusfamilias) *quas illi natura adminiſtrabat, etiam aes alienum* (inſcio patre contractum, vt haberet, quod dilapidaret) *adhibuiſſet, & ſaepe materiam peccandi malis moribus* (iuuenum luxuriantium) *praeſtaret* (nonnemo ipſius creditor) *qui, nequid amplius diceretur, incertis nominibus crederet &c.* Add. *MARANVS Paratitl. ad ff. Tit. de SCto Maced. p. 326. AEGID. MENAGIVS Amoenitat. Iur. Ciuil. cap. 39.* Conſult. *GOTTFR. LVDOV. MENCKEN* Diſp. *de vſu forenſ. SCti Macedon. Praefat.* ac nouiſſime doctiſſimus *BERNARD. HENRIC. REINOLD. Differt. ad SCt. Maced.*

e) *GVNDLINGIANA Sect. I. art. II. pag. 105. ſeqq.*

no praeſumendum eſt ab iis, aduerſus quos haec diſputantur. Certum enim exiſtimant, aut ſaltem admodum probabile, in excerpendo edicto Caeſareo dextre verſatos fuiſſe Inſtitutionum ſcriptores. Praeterea extra dubium eſt, niſi magna ratio aliud flagitet, minime deſerendos eſſe codices fide dignos, maxime quoties plures & antiquiſſimi conſentiunt. Hinc ergo conficitur, quae in Inſtitutionibus excerpta ſunt ex Imperatorum Conſtitutionibus, iiſdem etiam contenta praeſumi, donec euidenter oſtendatur aberratio epitomatorum, quos naeui in noſtro verſu admiſſi Criticorum argumenta minime conuincunt. pro Triboniano *recte excerptae Conſtitutionis Iuſtiniani.*

VII.

Aiunt, ſi liberos ex iuſtis nuptiis procreatos legitimaſſet, aut ſaltem legitimos declaraſſet Imperator, ipſum meras nugas acturum fuiſſe, quas in ipſum cadere negant *a*). At huic dubio ſatiſſit, ſi, quae de Inſtitutionum vitiis modo diximus *b*), ad Caeſareas leges applicemus, in quibus obelo digna nec tamen ideo deprauata paſſim annotantur. Exempla longius conquirere nec lubet nec vacat. Sufficiat pauca commemoraſſe, quae in hoc ipſo de legitimatione argumento ab iis, quorum opera IVSTINIANVS in legibus ſuis condendis vſus eſt, peccata deprehenduntur. Quod de matrimonio praeſumto conſtitutum erat, ad legitimationem falſo applicatum fuiſſe iam oſtenſum eſt *c*). Origo legitimatio-

Nec obſtat, quod inde ſequatur *naeuus Imperatoris ſaepius errantis* etiam circa legitimationem.

VII.

a) Vid. *Cap. I. §. 8 - - 10.*

b) *§. praec. 2, 3.*

c) *§. praec. 3. in fine.*

Digitized by Google

tionis pariter erronee traditur. Conſtat enim eam, quae fit per ſubſequens matrimonium, a CONSTANTINO primum inuentam, & a ZENONE confirmatam fuiſſe *d*). At IVSTINIANI Conſtitutio *e*) liberis naturalibus demum poſt Conſtantinum ſubueniri coepiſſe innuit *f*), & inuentionem legitimationis per ſubſequens matrimonium ipſi adſcribit *g*). Alia eiuſdem furfuris *h*) lubens praetereo, cum dicta Imperatoris miniſtros erroribus & multis & magnis obnoxios fuiſſe ſatis oſtendant. Quo poſito legem IVSTINIANI, quia aliquid inconcinne ſtatuiſſet, ideo illud nec ſtatuiſſe falſo infertur.

VIII.

Conſenſus Iuſtiniani praeſumtus ob Conſtitu- Inſtant, Imperatorem id minime dixiſſe, idque ex ipſa eius Conſtitutione Codici repetitae praelectionis inſerta *a*) ſatis patere *b*). At ne ſic quidem quicquam pro-

d) Vid. *l. 5. C. de naturalibus liberis. §. ſeq.*

e) *Nouell. 89.* Vid. *Illuſtr. THOMAS. dict. Differt. C. I. §. 6. not. A.*

f) Nam & *in Praefatione* non obſcure tradit, quoad liberos naturales *poſt CONSTANTINVM in mediocritatem clementemque ſententiam Imperatores tranſiuiſſe*, & *Cap. 12. pr.* diſertis verbis ait, *VALENTI & VALENTINIANO, & GRATIANO diuae memoriae PRIMIS placuiſſe humanum aliquid agere circa naturales.*

g) *Cap. 8.* enim incipit: *Reliqui igitur ſunt modi, qui A NOBIS INVENTI SVNT.* Cum tamen lex *ZENONIS* allegata fuiſſet *Cap. 7.*

h) Vid. *THOMAS. ibid. §. 9. not. B. p. 34.*

VIII.

a) *l. 10. C. d. nat. lib.*

b) *CORNEL. van BYNKERSHOEK Obſeruat. Iur. Rom. lib. II, Cap. II.*

Digitized by Google

proficiunt. Licet enim lex illa nullam vnquam huius rei mentionem feciſſet, potuiſſet tamen TRIBONIANVS aliud edictum in mente habuiſſe, quod ſi & ipſum in Codice repetitae praelectionis nuſquam compareret, non tamen ideo etiam a Codice Iuſtinianeo, ad quem Inſtitutiones reſpiciunt, neceſſario abſuit. Sed demus, TRIBONIANVM non niſi illius legis, quam aduerſarii deſignant, ſummam nobis exhibere voluiſſe, nec id ibi Imperatorem dicere, quod Inſtitutiones referunt: nondum tamen illas erroris manifeſtas reputabimus. *tionis Imperatoriae omiſſionem.*

VIIII.

Quam facile enim IVSTINIANI Conſtitutio mutilari potuit, & illa parte, ex qua verba noſtra excerpta fuerunt, truncata Codici inſeri? Quod dubium poteſt quidem diuinatorium nulloque legitimo argumento ſtabilitum videri. Nec tamen propterea leue nimis indignumque attentione cenſeri debet. Nam & ſecus ſentientes, nulla iuſta probatione adducta, IVSTINIANI legem, quam in compendio locus noſter exhibet, integram in vtrumque Codicem tranſlatam fuiſſe gratis ſupponunt. Quod qua facilitate ab illis aſſeritur, eadem a nobis negaretur, etiamſi de pari vtrimque cauſſa diſceptaretur. Iam cum inſuper communis Inſtitutionum lectio noſtram ſententiam aduerſus contrariam aliorum ſuppoſitionem tueatur; cauſſam non habent, qui quod ipſorum opinioni fauet, ſine vlla probatione inuitis codicibus ponunt, quare a nobis contrarium ſimpliciter aſſerentibus euidentiora noſtrae hypotheſeos argumenta exigant. vel *mutilationem in codice probabilem*

Digitized by Google

X.

immo certam,

Age tamen, quo nos in bona cauſſa liberaliores exhibeamus, aduerſariis hic quidlibet abſque demonſtratione ſupponere licere concedemus, contra nobis, quamquam praeſumtione munitis, probandi onus imponi patiemur. Nihilo ſecius a noſtris partibus victoria ſtabit. Non enim, vt illi, IVSTINIANI Conſtitutiones, quibus de legitimatione per ſubſequens matrimonium diſponi creditur, integras ſupereſſe temerario auſu contendunt; ita nos eaſdem mutilas ad manus noſtras perueniſſe fortuita quadam opinione ac inani coniectura ducti arbitramur. Potius ex certa ſcientia ſic pronunciamus, fidemque rei geſtae facimus teſtimonio ſupra omnem exceptionem poſito ipſius ſacratiſſimi Imperatoris *a*), quo nonnihil ex his legibus in compoſitione codicis abſque abrogandi animo, abſciſſum fuiſſe manifeſte conſtat. Quod cum ita ſit, legum illarum epitomen, etiamſi referat, quae in codice non definiuntur, ex eo capite perperam erroris argui per ſe ſatis patet.

teſtimonio ipſius Imperatoris.

XI.

X.

a) Vid. *Nouell. XVIIII. Praefat.* vbi de legitimatione per ſubſequentes nuptias loquens inter alia ſequentibus verbis ad ſcopum noſtrum facientibus vtitur: *Quod huius* (legislationis) *pars in prima* (nempe l. 10. C. de naturalibus liberis) *& ſecunda Conſtitutione* (ſcil. l. 11. C. eodem) *poſita ABLATA SIT a nobis in codicis compoſitione. - - Iuſtiſſime namque & primae & ſecundae hoc SVBTRAXIMVS conſtitutioni - - in particularibus namque poſitis legislationibus neceſſarium erat forte hanc accipere in praeterito legislationis relationem: in omni vero coaceruatione legum Codicis cognominis noſtri recte ABSCINDERE talia propoſuimus: quatenus non multitudo ſuperflua in Codice ſcriberetur.*

Digitized by Google

XI.

Poteſt tamen & hoc argumentum omitti, cum eam, quam tuemur, Inſtitutionum lectionem receptam, vel illae, quae adhuc extant, legum Iuſtinianearum reliquiae non obſcure defendant. Quippe illa ipſa Iuſtiniani Conſtitutio *a*), quam de legitima illorum, de quibus TRIBONIANVM locutum putamus, natiuitate quidquam ſancire diſſentientes negant *b*), vtrumque definit, & liberos ante compoſita inſtrumenta dotalia natos nuptiis ſubſecutis legitimos habendos, & eos, qui poſt conſcripta nuptialia inſtrumenta eduntur, in poteſtate patris naſci *c*). Idemque non modo alia lege codicis *d*) de eodem argumento propoſita, qua prioris ſumma refertur, confirmat *e*), ſed in nouellis etiam Conſtitutionibus ſemel *f*) atque iterum *g*) repetit Im-

Conſenſus legum extantium Codicis,

ac Nouellarum.

XI.

a) *l 10. C. de naturalibus liberis in fin.* *b*) vid *§. praec. 8.*

c) Verbis: *ſancimus in huiuſmodi caſibus omnes liberos, ſiue ante dotalia Inſtrumenta editi ſint, ſiue POSTEA: vna eademque lance trutinari, & OMNES FILIOS IN POTESTATE SVIS EXISTERE GENITORIBVS.*

d) *l 11. C. eodem.*

e) Ita enim inquit: *Nuper legem conſcripſimus, qua iuſſimus, ſi quis mulierem in ſuo contubernio collocauerit - - non ſolum SECVNDOS LIBEROS, QVI POST DOTEM EDITI SVNT, IVSTOS & in poteſtate eſſe patris.*

f) *Nou. XII. cap. 4.* vbi refert, *dubitaſſe aliquos, vtrum eo, qui liberos legitimos habet, poſt mortem vxoris cum alia muliere conſuetudinem habente filii ex ea aut ante dotalia documenta, AVT ETIAM POSTEA nati pro legitimis haberi debeant. Seque HVIVSMODI FILIOS LEGITIMOS ET PROPRIOS DEMONSTRASSE & cum tali intellectu ab initio legem poſuiſſe* concludit. *g*)

g) Nam in *Nou. XVIII, Cap. XI.* pariter teſtatur, *conſtituiſſe ſe, ſi quis.*

Digitized by Google

Imperator. Vt fruſtra eſſe videantur, qui neſcio quod inter Conſtitutionem Iuſtiniani receptamque Inſtitutionum lectionem diſcrimen comminiſcuntur.

XII.

Obiectio: probabilius actum fuiſſe de caſu liberorum non ſuperuenientium

Supereſt, vt iis quoque ſatiſfiat, qui TRIBONIANVM de liberis poſt compoſita inſtrumenta dotalia natis locutum fuiſſe etiam ideo, vt diximus *a*), negant, quia ipſum de alio plane caſu, videlicet eo, quo nulla ex matrimonio ſubſecuto proles procreata fuerit, egiſſe maxime veroſimile arbitrantur. Cum enim de eodem alia Imperatoris Conſtitutio *b*) caueat, vix dubitant, illam potius indigitari, quod Inſtitutionum architecti a IVSTINIANO, vt memores ſuarum Conſtitutionum eſſent, earumque ſummas primis iuris elementis insererent, admoniti *c*) vix videantur omiſiſſe legem recentem *d*). Accedit quod Imperator in §. *noſtra* Conſtitutionis ſuae mentionem bis *e*) iniiciat. At nec id videtur fuiſſe facturus, niſi ad duo diuerſa edicta

ob *α*) *l. 11. C. d. nat. lib.*

c) duplicem allegationem Conſtitutionis

quis reſpexerit aliquam mulierem clemens, & hanc ſortiatur abſque dotalibus documentis, deinde faciat filios: poſtea vero maritalem ad eam receperit affectum, & ſcripſerit huiuſmodi inſtrumenta, & fecerit filios: non ſolum EOS, QVI POST HOC NATI FVERVNT FILII, ſed etiam priores eſſe legitimos.

XII.

a) *Cap. I. §. 11.*

b) *l. 11. C. de naturalibus liberis.*

c) *Conſtit. Tanta 2. §. 11. C. de vetere iure enucleando.*

d) Lampadio & Oreſte VV. CC. adeoque anno reparatae ſalutis 530. conditam.

e) Cum enim iam dixiſſet: *Nec non is, qui à muliere libera procrea-*

ſta reſpexiſſet. Denique idem factum fuit in alio Inſtitutionum loco *f*), quo reliqua, quae ad legitimationem per oblationem curiae ac ſubſequentes nuptias pertinent, eadem ferme ratione, qua in *noſtra* §. referuntur.

γ) ſimilitudinem §. 2. I. de her.

XIII.

At enim, vt non abnuerimus, ſic quoque non male facturum fuiſſe TRIBONIANVM, nulla tamen ratio apparet, quare id ipſum, & non aliud fieri debuerit. Sane vt primis Iuſtinianeis omnes legum extenſiones proponerentur, nulla neceſſitas cogebat, & ſatis erat, generali doctrinae applicationem ad caſum, de quo prima controuerſia agitata fuerat, ſubiici. Nec, quia bis ad ſuam Conſtitutionem prouocat Imperator, ideo diuerſas intelligi neceſſe eſt. Quamquam enim hoc fine vrgeri poſſent, quae ipſi aduerſus talem ταυτολογίαν ſcripſimus *a*): ea tamen tum ſaltem admitti debent, cum de iteratis eiuſdem edicti pro eadem ſententia citationibus diſceptatur. At quidni eadem allegatio in duplici quaeſtione, quam eadem Conſtitutio definiuerat, repeteretur? Denique vix credimus, inter virtutes primarum ad ſcientiae cuiuſdam rudimenta intro-

Reſponſio α) Non omnes Conſtitutiones Inſtitutionibus inſertae,

β) ad duas quaeſtiones eadem lex bis allegari

γ) & in re-

creatus, cuius matrimonium minime legibus interdictum fuerat, ſed ad quam pater conſuetudinem habuerat, poſtea EX NOSTRA CONSTITVTIONE *dotalibus inſtrumentis compoſitis, in poteſtate patris efficitur*; denuo addit: *Quod & aliis liberis, qui ex eodem matrimonio poſtea fuerint procreati, ſimiliter* NOSTRA CONSTITVTIO *praebuit.*

f) *§. 2. de hereditatibus, quae ab inteſtato deferuntur.*

XIII.

a) *Cap. III. §. 5. 6.*

petitione eiuſdem doctrinae variari poteſt.

troductionum referri debere eorundem dogmatum geminationes *b*). Saltem haud dedecere videtur ſcriptorem iſagoges, ſiquidem eadem in diuerſis locis omnino repetenda ſint, cum quadam elaborationis variatione hoc officio defungi. Vt non magnopere probabile ſit, eidem doctrinae eaſdem etiam ampliationes a TRIBONIANO vbique fuiſſe adnexas.

XIV.

Anacephalaeoſis

Quare, vt, quae hoc capite diſſeruimus, in ſummam contrahamus; non videntur ea, de quorum genuina lectione quaerimus, verba ſcribarum errore deprauata fuiſſe, ſiue a IVSTINIANI Conſtitutione ab-
§. I.
errent, ſiue accuratam eius epitomen referant. Quodſi enim ab Authentico abeant, non ideo librariorum id
§. II.
vitium eſt, ſed veroſimiliter imputatur TRIBONIA-
§. III.
NO, qui & alias non infrequenter hallucinatur, & in hoc ipſo de legitimatione argumento plures quoque errores committit, &, ſi quid hic humani paſſus eſt, ma-
§. IV.
xime probabilem excuſationem habet, vtpote ſectam illius aetatis, qua & alii in eundem, ſi quis erat, ſcopulum plus ſemel impingebant, ſecutus. Igitur, quidquid peccatum eſt, ipſius incuriae adſcribendum, adeoque animaduerſione, non emendatione critica, dignum vi-
§. V.
detur. Maxime cum & THEOPHILVM ita, vt nunc ſcribi ſolet, ſuo iam tempore legiſſe, Graeca eius Paraphraſis probet. Sed & gratis ſupponitur diuortium inter edictum Imperatoris receptamque Inſtitutionum
§. VI.
lectionem, vtpote minime praeſumendum, etiamſi detur

b) Quas potius etiam in maiori Pandectarum opere pro naeuis habent. *MVRET. Obſeru. iur. c. 4.*

tur, vulgaris lectionis ſententiam a rei veritate alienam eſſe, & genuinis Iurisprudentiae principiis parum conuenire. Neque enim is ſolus naeuus eſſet Conſtitutionum Iuſtinianearum, quae in ipſo legitimationis iure tradendo pluribus laborant. §. VII. Nec iuuaretur aduerſa ſententia, ſi, quod vulgo in Inſtitutionibus legitur, minime probari poſſet ex Codice, cui Conſtitutionem, ad quam illae prouocant, non integram inſertam fuiſſe non modo probabile eſt, ſed & liquido conſtat. §. VIII. Inſuper id ipſum, quod verba noſtra innuunt, etiam primo Imperatoris de legitimatione edicto cautum & in ſubſequentibus saepius repetitum fuiſſe, ex fragmentis legum, quae nobis Corpus Iuris Iuſtinianei conſeruauit, ſatis patet. §. VIIII. §. X. §. XI. Denique licet aliqui non potuiſſe non doctrinam a prima Imperatoris Conſtitutione diuerſam proponi arbitrentur: attamen horum quoque rationes facile conuelluntur. §. XII. §. XIII. Quae cum ita ſint, aut egregie fallor, aut nodum in ſcirpo quaeri, ac de emendatione loci minime deprauati nequicquam laborari ſumma ratione contendo.

CAP. VI.

SENTENTIA LECTIONIS RECEPTAE AB ERRORIBVS PERPERAM IMPVTATIS VINDICATA.

I.

SAtis, puto, euictum fuit, nihil proficere, qui noſtra verba culpa deſcribentium corrupta, ideoque Critices ope emendatius, ac vulgo fieri ſolet, in poſterum edenda eſſe ſibi imaginantur, ſi ſenſum lectionis re- *Senſus noſtri textus*

ceptae

ceptae plurimum a vero diſtare probauerint. Attamen cum iſta perſuaſio plurimis impoſuerit, vt de correctionis neceſſitate vix dubitandum eſſe arbitrarentur; operae pretium fuerit, etiam mentem noſtri textus profundius meditari. Ita enim tentare licebit, annon ea, quam is continere vulgo exiſtimatur, ſententia tolerari & ab incommodis, quibus premi creditur, liberari poſſit. Quem conatum ſi euentus deſtituerit, ſupereſt tamen ſpes fore, vt ſaltem verba noſtra, remota omni violentia, noua quadam, ſed probabili ratione explicari, atque ita alio quodam ſenſu aduerſus aliorum obiectiones defendi queant. Age igitur, id quodque labori adiiciamus auctarium, ſi minus neceſſarium, non tamen inutile. Sic enim & diſſentientibus abundantius ſatisfiet, & pleniores apparebunt vindiciae, quas commati noſtro adornamus, ſi illius auctorem non modo non primum, ſed nec poſt alios erraſſe demonſtretur. Igitur rem ipſam aggrediamur.

vtrum ſecundum vulgarem ſententiam tolerari poſſit, an ſaltem commodior ſaluis verbis erui?

II.

Difficultas in interpretatione vulgari ob legitimos natales liberis poſt ſubſequentes nuptias procreatis abſque dubitatione competentes

Notum eſt, quam ob rem inepte dici putetur, quod communi verborum noſtrorum lectione innui creditur, liberos, praecedentibus nuptiis, ex ea, ad quam pater olim conſuetudinem habuerat, genitos IVSTINIANI Conſtitutione legitimos declarari vel effici *a*). Nimirum quin filii ex iuſtis nuptiis editi, legitimi haberi debeant, neminem legum ſcientia vel leuiſſime tinctum vmquam dubitaſſe, ſed omnis aeui Iureconſultos in eo conſenſiſſe exiſtimant. Nec ſi quis aut laſciuientis ingenii pruri-gine

II.

a) Add. *cap. I. §. 9. 10.*

gine aut lucri ex falſa ſententia capiendi cupidine abreptus obloqui auſus fuiſſet, ab eo vllam tam peruerſae opinionis, quae liberos praecedente iuſto matrimonio procreatos in illegitimorum claſſem detrudit, vel parum veroſimilem rationem afferri potuiſſe pro certo habent. Itaque ſpernendam potius aut iudicantis religione coercendam, quam edicto de re per ſe clara propoſito confutandam fuiſſe credunt calumniantis malitiam. Ex quo porro inferunt, iura ſuitatis & reliqua iuſtorum filiorum priuilegia liberis poſt dotalia inſtrumenta ex muliere, cuius nuptiae minime interdictae ſunt, ſuſceptis omnium conſenſu dudum competiiſſe, nec Imperatoris demum Conſtitutione potuiſſe praeberi *b*). nec Iuſtini. ni beneficio debitos.

III.

At enim maxime olim controuerſum fuiſſe videtur, vtrum quae de effectu legitimi coniugii vere dicuntur, ad nuptias cum iis, de quarum liberis quaeritur, mulieribus pertineant. Quae enim alia ratio mouere potuit CONSTANTINVM M. vt de liberis ex vxore, quae quondam concubina fuerat, poſt nuptias procreatis legitimis aeſtimandis edictum proponeret? aut ZENONEM, vt, illo renouato, cum eiuſmodi mulieribus ingenuis legitimum coniugium contrahi poſſe definiret *Reſponſio 1) Eos in dubium vocatos omnino* aetate Conſtantini, Zenonis

b) Add. *NOV. XVIII. cap. XI.* vbi *IVSTINIANVS* conſtituens, vt ancilla poſt praecedentem cum ea conſuetudinem à domino in matrimonium ducta, *filii* ex ea nati ſ[illegible] *ſub poteſtate ipſius* (patris) *& ſui, & ab inteſtato heredes genitori*, diſerte proteſtatur, ſe de eis dicere, *qui ante nuptias nati ſunt.* Quod procul dubio non ea mente adiecit, quaſi ſubſequentes pro illegitimis haberi voluerit, ſed quod ſciret, ex iuſto coniugio natos, noua lege non indigere.

Digitized by Google

& Iuſtiniani, niret *a*)? Hinc IVSTINIANI Conſtitutione iam promulgata, liberos ex ſecunda vxore, cum qua maritus adhuc viduus conſueuerat, ante dotalia documenta, AVT ETIAM POSTEA natos in caſu prolis ex priori matrimonio ſuperſtitis propter diſceptationes in foro iterum exortas nouo edicto Imperatorio denuo legitimos declarari oportuit *b*). Tantum abeſt, vt nil, niſi quod nemo vmquam negauit, hac ratione definitum videatur.

adeoque ab eo definitos, Has igitur dubitationes Iureconſultorum altercationibus materiam praebuiſſe ſufficit. Quam firmis vtraque pars argumentis pugnauerit, parum intereſt.

licet inepte de iis ambigeretur. Pone enim, omni veri ſpecie carere friuolas, quibus iuſte natorum conditio impugnabatur, obiectiones. Ideone indignum fuit imperantis maieſtate, calumniantium cauillationes, quae quo magis temerariae eo ſeuerius reprimendae videntur, e foris, quae turbauerant, lege propoſita penitus eliminare?

IIII.

III.

a) Vtrumque patet *ex l. 5. C. de naturalibus liberis.* vbi *ZENO* ait: *Diui Conſtantini (qui veneranda Chriſtianorum fide Romanum muniuit imperium) ſuper ingenuis concubinis ducendis vxoribus, filiis quin etiam ex iiſdem vel ante matrimonium vel POSTEA PROGENITIS ſuis ac legitimis habendis ſacratiſſimam Conſtitutionem renouantes &c.*

b) *Nou. XII. cap.* 4. Verba *IVSTINIANI: Si legitimorum quiſquam ſit pater, & abeunte eius vxore ex hominibus, aut etiam legitime tranſigente, habuerit quandam conſuetudinem ad aliam mulierem, quam licebat etiam legitime ducere vxorem, & fuerint ei filii, aut ante dotalia documenta, ſi tamen ea fecit, AVT ETIAM POSTEA, vel etiam ſoli maneant ante dotalia filii, ſecundis autem non procreatis, aut etiam, poſtquam nati ſunt, morientibus: EXISTIMAVERVNT QVIDAM, NON POSSE SECVNDOS ESSE LEGITIMOS &c.*

Digitized by Google

IIII.

Forte tamen nec color deeſſe credebatur illis, quibus obuiam eundum putauit Imperator. Quo loco notandum eſt, leges eius de legitimatione per ſubſequentes nuptias perperam vulgo ad concubinarios reſtringi, cum generaliter de patre, mulieris cuiuſdam conſuetudine vſo, loquantur. Id vero etiam extra concubinatum accidit, quem praeceſſiſſe ad eam, de qua loquimur, legitimationem hodie nemo requirit. Nec id IVSTINIANVS fecerat, cui ſufficiebat, eam matrem eſſe, cuius matrimonium legibus permittitur, vt apertius THEOPHILVS docet *a*). Ita vero facillime ſtupri argui poterat praecedens conſuetudo, ſi femina eſſet honeſtior, eaque propter in concubinatu haberi non poſſet *b*), ſaltem quoties ſine expreſſa proteſtatione & initi concubinatus manifeſtatione clam cum viro conuenerat *c*). Quare cum praecedens adulterium, quo nomine & ſtuprum continetur *d*), ſubſequentibus nuptiis impedimentum adferre videri poſſet *e*), forſitan omni dubita-

Reſponſio 2) nec ſine cauſſa apparente dubitatum fuiſſe, cum noſtra legitimatio ad concubinarios non fuerit reſtricta.

I 2

IIII.

a) Qui in Paraphraſi huius §. recte ait: *Habebam autem cum ea conſuetudinem, non vt cum vxore, ſed vt cum MERETRICE forſan vel vt cum concubina.*

b) *VLPIANVS l. 1. §. 1. ff. de Concubinis: Cum Atilicino ſentio, & puto, ſolas eas in concubinatu habere poſſe ſine metu criminis, in quas ſtuprum non committitur.*

c) *MARCIANVS l. 3 pr. ff eodem* Verba ICti: *Si honeſtae vitae, & ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, ſine teſtatione hoc manifeſtum faciente non conceditur.*

d) *PAPINIANVS L. 6. §. 1. ff. ad Legem Iuliam de adulteriis.*

e) Vid. *Nou. CXXXIIII. cap. XII. ibique GOTHOFRED. lit. e.*

Digitized by Google

bitationi tollendae proficuum credidit Imperator, ſi pro matrimonio cum ea, cuius conſuetudine vir antea vſus erat, pronunciari, liberoſque ex eiuſmodi nuptiis generandos pro legitimis haberi iuberet. Sed quae certis argumentis ex abundanti ſuperaddimus, coniecturas prolixius tueri non vacat.

V.

Nouae interpretatationes noſtrorum verborum,

Quodſi adhuc diſpliceat TRIBONIANI aſſertio eo, quo explicari vulgo ſolet, ſignificatu accepta, non tamen ideo penitus reiici meretur. Neque enim ad id accurationis faſtigium adhuc perductae ſunt linguae, vt, quae ſententiae cuiusdam ſignificandae gratia proferuntur, verba alias omnes interpretationes reſpuant, nec niſi illo vno, quem exprimere debebant, ſenſu capi poſſint. Potius quam plurimae occurrunt & in ſingulis vocibus, & in phraſibus compoſitis & in longiore integrarum periodorum ſerie ambiguitates, quae idem dictum diuerſiſſima ratione intelligi patiuntur. Vt quid prae caeteris ſcriptor ſenſerit, ſaepe non tam ex ipſis, de quibus quaeſtio eſt, verbis, quam aliunde ex integra totius orationis compage, & aliis, quae rem circumſtant, cognoſcatur. Atque id ipſum de noſtro quoque textu dici poteſt, quem de rebus longiſſime a ſe inuicem diſtantibus capi nihil prohibet. Quod ſi oſtendatur, forte pro diuerſo lectorum genio, quod vno ſenſu diſplicet, altero placebit. Vt mirer, neminem, quod ſciam, dubia oppoſita noua interpretatione tollere ſtuduiſſe. Maxime cum ſint, qui vulgares explicationes ſibi non omnino

plures ſenſus admittentium,

perperam ab aliis neglectae

pro-

probari haud obſcure innuant *a*). Age igitur, alias interpretationes in medium proferamus.

VI.

Principio poſſunt verba noſtra de filiis conſtante matrimonio praecedentem parentum conſuetudinem ſubſecuto genitis intelligi, vt tamen de legitimis ipſorum natalibus quicquam definiri negetur. Neque enim neceſſe eſt, vt iſta de nexu inter filios iſtos patremque intercedente capiantur, cum de alia quadam relatione commodiorem interpretationem admittant. Docuerat nimirum TRIBONIANVS, filium ante nuptialia documenta editum iis interuenientibus legitimum fieri PATRI. Iam cum & *aliis liberis ex eodem matrimonio poſtea procreatis praeberi ID IPSVM* pergat; quid obſtat, quo minus hoc de eo explicetur, quod praeceſſerat, nempe de legitimis natalibus liberorum ante nuptias contractas natorum? Cum his enim legitimum vinculum *fratribus* etiam ex ſubſequente coniugio procreandis Imperatoria Conſtitutione praeberi rectiſſime dicitur. Neque id ſuperflue. Nonnulla enim TRIBONIANVS praemiſerat de legitimatione per oblationem curiae, cui iam alteram, quae ſuperuenientibus nuptiis perficitur, adiungit. Quare cum prior ſpecies id operaretur, vt liberi naturales Decurionum collegio rite adſcripti tantum intuitu patris cenſerentur legitimi, fratribus vero ex patre na-

I) non de liberis ſuperuenientibus,

ſed *de legitimatione ante nuptias natorum ad effectum fraternitatis,*

quam non operabatur oblatio curiae.

V.

a) Ita *CAROLVS ANNIBAL FABROTVS* Iuſtinianum non perceptum fuiſſe ſcribit a THEOPHILO Imperatorem, vt vulgo conſueuit, explicante. Vid. *Not. O. ad Paraphraſin huius loci.*

tis ac reliquae ipſius cognationi, nullo conſanguinitatis vinculo iungerentur, *a*): operae pretium erat, commemorare pinguius poſterioris legitimationis priuilegium, quo liberi ante matrimonium procreati paria cum iis, qui ab initio legitimi naſcuntur, iura conſecuti non ſoli patri, ſed integrae ipſius familiae adeoque fratribus etiam germanis ac conſanguineis copulantur *b*).

VII.

II) *de liberis* non poſt nuptias ſed *poſt Iuſtiniani edictum natis*, qui & ipſi

Deinde minus neceſſarium eſt, verba noſtra de liberis poſt contractum matrimonium natis capi, cum quae de poſtea natis dicuntur rem diuerſiſſimam indicare poſſint. Quid enim ſi per eos intelligamus liberos illegitimos poſt Iuſtiniani edictum natos? Sane operam minime perdidiſſet Imperator, ſi his quoque nominatim legitimos natales reſtituiſſet, ne quis alias principale beneficium ad ſolos filios naturales iam genitos reſtringendum putaret. In quem errorem facile quemquam pertrahere potuiſſet argumentum ex ZENONIS Imperatoris edicto *a*) procliue. Cum enim is Diui CONSTANTINI de

VI.

a) Nam *D. IVSTINVS l. 9. pr. C. de naturalibus liberis*, conſtituit, vt *quoties, naturales filii curiali fortunae patriae ſui genitoris adſignantur; - - eo modo legitima iura in paterna ſucceſſione adipiſcantur, - - ne permittatur eis contra ſubſtantiam ab eodem naturali patre deſcendentium, vel aſcendentium vel ex latere agnationis, vel cognationis iure eidem patri coniunctorum; (licet ipſi legitimi ſucceſſores eidem naturali patri per memoratam fortunam efficiantur) aliquod ius ſibi vindicare.* Add. *IVSTINIANVS Nou. LXXXVIIII. cap. 4.*

b) Add. *dict. Nou. cap. 8.*

VII.

a) *l. 5. C. de naturalibus liberis.*

de concubinis ducendis Conſtitutionem renouaret, eandem iis tantum, qui iam liberos ex concubinis procreauerant, prodeſſe, alios vero in poſterum concubinas iuſto matrimonio ſibi copulare, atque ita legitimos ex iis filios procreare *b*) praeceperat. Quod qui poſt legem illam conditam neglexiſſent, illos eius beneficio frui ſeuere prohibuerat. Contra Iuſtinianus etiam futuri temporis concubinariis proſpectum voluit, adeoque eam mentem apertius declarari expediebat. Quo poſito nihil obſtat, quo minus id ipſum noſtro Inſtitutionum textu moneri dicamus.

ſecus ac ex conſtitutione Zenonis, legitimantur.

VIII.

Porro ſubſequens matrimonium non tantum iis proſpicit, qui proxime ex concubina deſcendunt, ſed, ſi ipſi ante legitimas parentum nuptias ex legitima vxore prolem ſuſceperint, etiam auum nepotibus Iuſtiniani beneficio reſtituit *a*). Plane cum minime abſurdum ſit iura familiae reſpectu filii praedefuncti etiam poſt eius mortem initium ſumere *b*); verius eſt, etiamſi

III) *de nepotibus* & vlterioris gradus deſcendentibus, quibus pariter prodeſt legitimatio

b) *Hi vero,* inquit, *qui tempore huius ſacratiſſimae iuſſionis necdum prolem aliquam ex ingenuarum concubinarum conſortio meruerint, minime huius legis beneficio perfruantur: cum liceat eaſdem mulieres ſibi prius iure matrimonii copulare, non extantibus legitimis liberis, aut vxoribus, & legitimos filios (vtpote nuptiis praecedentibus) procreare: nec audeant, quos ex ingenua concubina dilato poſt hanc legem matrimonio naſci voluerint, vt iuſti at legitimi poſtea videantur, magnopere poſtulare.*

VIII.

a) FOERSTER. *de ſucceſſ. lib. VI. c. 23 n. 15.*

etiam patre iam mortuo,

iamſi filius naturalis obierit , antequam pater concubinam dùxerit, ex qua illum genuerat, tamen legitimationis principium à ſuperſtite defuncti filio procedere, ac nepotem etiam in aui familiam transferri *c*). Tribonianus vero in verbis noſtrum comma praecedentibus tantum de *patre* conſuetudine liberae mulieris vſo verba fecerat. At patris appellatio ad auum & proauum non magis pertinet *d*), quam filii nomen ad nepotes & vlteriores deſcendentes *e*). Itaque nec verbis Inſtitutionum vis fiet, nec quidquam docebitur, quod iuris analogiae repugnet, ſi ea, de quibus diſceptamus verba ad liberos ſecundi ac remotioris gradus referantur. Tum enim ſenſus ſat commodus erit: non modo *filios* ex concubina ſuſceptos, matre eorum in matrimonium ducta in patris poteſtatem redigi; *ſed hoc & aliis LIBERIS, qui ex eodem matrimonio* non quidem ſtatim & proxime, ſed tamen, intercedentibus ipſorum filiorum nuptiis, ab his ſecundo vel vlteriore gradu *poſtea fuerint procreati, ſimiliter Iuſtiniani conſtitutione praeberi.*

quare de his capi poſſunt Inſtitutiones.

VIIII.

Praeſidium harum interpretationum.

Tu dices, iſtas quidem vires Imperatorio beneficio per iuſtam argumentationem non abſurde tribui, attamen de omnibus, quae adhuc adductae fuerunt, ampliationibus altum in Conſtitutionibus ipſis, quarum ſummam

ARRIANVM dicere, ſi filio meo mortuo Titium adoptauero, videri eum DEFVNCTI fratrem fuiſſe.

c) *FACHIN. lib. III. controu. 57.*

d) Vid. *CAIVS l. 51. ff. de Verborum ſignificatione.*

e) *Aliter enim filii, aliter nepotes appellantur*, inquit *VLPIAN. l. 6. ff. de teſtamentaria tutela.*

mam TRIBONIANVS excerpere ſtuduit, ſilentium eſſe. Fateor, non leue dubium obiici, nec veroſimile videri, id egiſſe Inſtitutionum compilatores, vt in tradendis primis iuriſprudentiae elementis ad conſectaria ne in ipſis quidem legibus expreſſa dilaberentur. At nimis manifeſtum eſt, dudum periiſſe magnam partem Imperatoriarum Conſtitutionum, quum collectores Codicis repetitae praelectionis IVSTINIANI *a*) auctoritate freti leges, quas eidem inſerebant, pro arbitrio emendauerint, caſtrauerint, eliminauerint. Potuerunt igitur etiam ex Conſtitutionibus de legitimatione per ſubſequens matrionium emiſſis quaedam reſecari, ad quae forte in compoſitione Inſtitutionum fuerat reſpectum. Sed quid incertis coniecturis nitor, quum ipſius IVSTINIANI teſtimonio *b*) liquido poſſim probare, iis ipſis, de quibus loquimur, Conſtitutionibus quasdam de perſonis legitimandis declarationes ab initio adiectas fuiſſe, quae poſt ea condito nouo Codice iterum omiſſae fuerunt?

in mutilatione legum codicis

& Nou. 19.

X.

Interpretatio ſpuria de nuptiis ſine dotalibus inſtrumentis.

In promptu eſſet alia interpretatio, ſi plerorumque Doctorum ſententiam meam facerem. Docent, legitimationem eſſe effectum ſubſequentis coniugii; hoc vero etiam ſine dotalibus inſtrumentis recte iniri. Hinc inferunt, liberos naturales legitimos effici, quoties pater matrem ipſorum, ſuam concubinam iuſtae vxoris loco habere incipit; ſufficere enim legitimum cum ea matri-

Ratio dubitandi.

tibus nuptialibus tabulis ſiue ſine iisdem contrahatur *a*). Quo admiſſo poterit etiam locus noſter ita intelligi, vt poſtquam ante de legitimatione liberorum per *dotalia inſtrumenta* matri ipſorum ſcripta dictum fuit, nunc idem extendat ad omnes, qui ex conſuetudine mulieris, cum qua matrimonium quacumque alia maritalis affectus declaratione ſubſequitur, naſcuntur. Ego vero ſatis, puto, oſtendi, *b*) nuptiis ſuperuenientibus nullam per ſe vim legitimandi ineſſe. Quare cum totum hoc beneficium à lege proficiſcatur, quae per omnia iuris Iuſtinianei *c*) loca, quibus de hac legitimatione agitur, iſtorum inſtrumentorum conſtanter meminit; non dubito, quin iis deficientibus ante nuptias nati maneant illegitimi *d*).

Ratio decidendi.

Non

X.

a) Vid. *VLRIC. HVBER. Praelect. ad Inſtit. tit. de nuptiis theſ. 19.*

b) *Cap. III. §. XVI.*

c) De hoc enim tantum ſolicitus ſum in quaeſtione de ſenſu Inſtitutionum Imperialium. Ceterum non nego iure canonum legitimationem abſque tabulis nuptialibus procedere *cap. 6. X. qui filii ſint legitimi*, quod & moribus ſeruatur.

d) *VINNIVS Commentar. ad §. 13. I. de nuptiis num.* 4. Rem optime exequitur celeberrimus *GERARD. NOODT Comment. ad Pandect. lib. I. tit. VI. pag.* 42. *Aliquis dicat*, inquit, *nuptias contrahi nudo conſenſu, tabulaſque magis ad probationem, quam ad ſubſtantiam pertinere* l. 4. D. de pignorib. *Sed hoc leue eſt. Sunt enim aliae nuptiae; alia eſt legitimatio nuptiis ſubſequentibus facta. nuptiae poſſunt contrahi nudo conſenſu. at contractae, legitimos faciunt liberos poſtea naſcituros: ante natos non aeque; niſi ſint perfectae, interuenientibus inſtrumentis. hoc modo legitimatio non debetur nuptiis; ſed legi nuptiis danti facultatem liberos, ante natos retro legitimandi: cum eam per ſe non haberent. lex porro confirmatura nuptiis ſtatum liberorum ante natorum, vbique nuptia-*

Digitized by Google

Non pugnabo igitur pro hac coniectura, nec aliis immorabor poſſibilibus quidem, ſed tamen vel ideo ad perſuadendum minus idoneis, quod cum nimis multæ eumdem probabilitatis gradum obtineant, difficile eſt, vnam eligere, cui dicas:

Tu mihi ſola places.

Mittam igitur omnes, quamquam interpretationem qualemcumque principiis iuris non aduerſantem vel leuiſſimae emendationi merito praeferendam exiſtimem.

XI.

Fons genuina interpretationis in conſtitutionibus Codicis.

Supereſt planior ratio nodum ſoluendi, ſi de explicatione laborauero & verbis Inſtitutionum, quae ab intempeſtiuis emendationibus vindicare conſtitui, conueniente, & in fragmento Conſtitutionis Iuſtinianeae, quod Codex noſter adhuc exhibet, fundata. Sanciuerat Imperator, vt liberi ante & poſt dotalia inſtrumenta geniti aequali iure fruerentur *a*). Id quum aliqui cauillati eſſent, nouam legem *b*) propoſuerat, qua prior non ſolum eo caſu, ſi poſt ſubſequens matrimo-

ptialia ſeu dotalia inſtrumenta deſiderat; & vt mihi videtur, prudentiſſime: poſtquam fuit vſu compertum, ex blanditiis amantum per falſos teſtes ſaepe confingi matrimonia, de quibus numquam fuerat cogitatum, id malum pertinere ad exemplum, credidit. Iuſtinianus Nouell. 74. c. 4. pr. *ideoque datu-*

nium nulli alii liberi procrearentur, vel ante patrem denuo morerentur, confirmabatur, ſed & diſerte ad eos applicabatur, quas concubina conciperet, vxor, ſuperuenientibus dotalibus inſtrumentis, pareret, cum antea etiam de his dubitaretur. Ad vtramque legem in Inſtitutionibus reſpici tanto vero ſimilius *c*) videri debet, quod bis mentio fiat Imperatoriae Conſtitutionis. Res liquida erit, ſi textus Inſtitutionum contendatur cum legibus Codicis, quarum ipſa verba adſcribere tanto minus ambigo, quanto certius eſt, totius huius litis deciſionem ab iis pendere.

ad quas Inſtitutiones reſpiciunt.

XII.

Lex 10. C. d. natur. liber.

In priore conſtitutione ita loquitur IMPERATOR: *Cum quis à muliere libera, cuius matrimonium non eſt legibus interdictum, cuiusque conſuetudine gaudebat, aliquos liberos habuerit, minime dotalibus inſtrumentis compoſitis, poſtea autem ex eadem adfectione, etiam ad nuptialia peruenerit inſtrumenta, & alios iterum ex eodem matrimonio liberos procreauerit: ne poſteriores liberi, qui poſt dotem editi ſunt, ſibi omne paternum patrimonium vindicare audeant, quaſi iuſti & in poteſtate effecti, fratres ſuos, qui ante dotem fuerunt nati, ab hereditate paterna repellentes: huiuſmodi iniquitatem amputandam cenſemus. Cum enim adfectio prioris ſobolis & ad dotalia inſtrumenta efficienda, & ad poſteriorem filiorum edendam progeniem praeſtiterit occaſionem, quomodo non eſt iniquiſſimum, ipſam ſtirpem ſecundae poſteritatis*

c) Nempe vbi quaeritur de interpretatione. Ad correctionem enim hoc argumentum minime ſufficere ipſe dixi *cap. praec. V. §. XIIII.*

Digitized by Google

tis priorem, quaſi iniuſtam excludere: cum gratias agere fratribus ſuis poſteriores debeant, quorum beneficio ipſi ſunt iuſti filii & nomen & ordinem conſecuti. Neque enim veriſimile eſt eum, qui poſtea vel donationem, vel dotem, conſcripſerit, ab initio talem adfectionem circa mulierem non habuiſſe, quae eam dignam eſſe vxoris nomine faciebat. Quapropter ſancimus, in huiusmodi caſibus omnes liberos, ſiue ante dotalia inſtrumenta editi ſint, ſiue poſtea, vna eademque lance trutinari, & omnes filios ſuos in poteſtate ſuis exiſtere genitoribus, vt nec prior nec iunior vllo habeatur diſcrimine: ſed qui ex iiſdem matrimoniis procreati ſunt, ſimili perfruantur fortuna. Huius legis ſummam nemo negabit ſequentibus verbis à TRIBONIANO referri: *Nec non is qui à muliere libera procreatus, ſed ad quam pater conſuetudinem habuerat, poſtea ex noſtra conſtitutione, dotalibus inſtrumentis compoſitis, in poteſtate patris efficitur a).* excerpta in Inſtit.

XIII.

In ſecunda Conſtitutione IVSTINIANVS ita differit: *Nuper legem conſcripſimus, qua iuſſimus, ſi quis mulierem in ſuo contubernio collocauerit, non ab initio adfectione maritali, (eam tamen, cum qua poterat habere connubium) & ex ea liberos ſuſtulerit, poſtea vero adfectione procedente, etiam nuptialia inſtrumenta cum ea fecerit, filioſque vel filias habuerit; non* *L. 11. C. eodem.*

praeſtiterunt. Quam legem quidam putauerunt ſic interpretari, vt ſiue non progeniti fuerint poſt dotem conſcriptam liberi, ſiue iam ab hac luce ſubtracti: non anteriores filios iuſtos haberi, niſi vtroque tempore viuentes, & ſuperſtites liberi inueniantur: quorum ſuperuacuam ſubtilitatem penitus inhibendam cenſemus. Sufficiat etenim talem adfectionem habuiſſe, vt poſt liberorum editionem & dotalia efficiant inſtrumenta, & ſpem tollendae ſobolis habeant: licet enim hoc, quod ſperatum eſt, ad effectum non peruenerit, nihil anterioribus liberis fortuitus caſus derogare concedatur: & multo magis, ſi quis mulierem, quam in contubernio ſuo habuerat, praegnantem fecerit, poſtea autem adhuc grauida muliere conſtituta, dotalia fecerit inſtrumenta, & puer vel puella editus vel edita ſit, iuſta patri ſoboles naſcatur, & in poteſtate efficiatur, & heres exiſtat morienti ſiue ab inteſtato ſiue ex teſtamento. Satis enim abſurdum eſt, ſi filii POST DOTEM PROGENITI *anterioribus liberis adiutorium adferant, & ipſum puerum vel puellam ſibi opitulari non poſſe. Et generaliter definimus, & quod ſuper huiuſmodi caſibus variabatur, definitione certa concludimus: vt ſemper in huiuſmodi quaeſtionibus, in quibus de ſtatu liberorum eſt dubitatio, non conceptionis ſed partus tempus inſpiciatur: & hoc fauore facimus liberorum, vt editionis tempus ſtatuamus eſſe inſpectandum: exceptis his tantummodo caſibus, in quibus conceptionem magis approbari, infantium conditionis vtilitas poſtulat.*

XIIII.

Tres eius partes.

Vides, conſtitutionem hanc tribus velut partibus com-

componi, ac totidem controuerſias definire. Primum ſtatuitur, ad legitimationem eorum, qui ante nuptias nati ſunt, per inſtrumenta nuptialia non neceſſarium eſſe, vt exiſtant liberi poſt pacta dotalia procreati. Secundo loco proſpicitur legitimis natalibus embryonum ante dotalia inſtrumenta conceptorum, ſed poſt illa confecta in lucem editorum. Denique generaliter conſtituitur, non conceptionis ſed partus tempus inſpiciendum eſſe, quoties id e re infantis eſt. Poſtremum, quia generale eſt, nec ad legitimationem proprie pertinet, ſed tantum eius occaſione deciſum, merito hic omiſerunt Inſtitutionum architecti, maxime cum rem ipſam alibi iam innuiſſent *a*).

quarum vltimam

Primam partem legis in ſuis elementis allegare ipſis eodem iure ſuperfluum videbatur, poſtquam dotalibus inſtrumentis compoſitis eum, qui ante à muliere libera procreatus fuerat, in patris poteſtatem redigi generaliter docuerant, nulla omnino fratrum, quibus ipſe ad legitimam natiuitatem occaſionem praebet, mentione iniecta. Itaque cum generaliter dicta per ſe de illo quoque caſu intelligenda eſſe pateret; modum breuis compendii ſeruare, quam plures caſus generali axiomate iam comprehenſos enumerare maluerunt. Supereſt igitur, vt in ſecundo legis capite ſubſtiterint, eiuſque ſummam Inſtitionibus inſeruerint.

& primam Inſtitutiones praetereunt,

ſecundam referunt.

Digitized by Google

iuſtas nuptias in lucem editi, ſed ante eas concepti eſſent. Idque ipſum moneri omnino pretium operae videri debebat. Horum enim ſtatum non omnis aeui legibus definitum, ſed ſua demum Conſtitutione ab omni dubitatione liberandum fuiſſe ipſe IVSTINIANVS luculenter teſtatur *a*). Quare licet à TRIBONIANO tantum appellentur *ex eodem matrimonio poſtea procreati*, quemadmodum etiam lege IVSTINIANI *poſt dotem progeniti* ſimpliciter vocantur, intelligi tamen debent, qui *ante dotalia inſtrumenta concepti* tempore iſtarum nuptiarum inter parentes contractarum in vtero latent. Ita nulla opus erit textus noſtri emendatione, ſed ſenſus illius planiſſimus : QVOD [*ius legitimorum natalium per nuptias parentum interuenientibus tabulis dotalibus celebratas*] ET ALIIS LIBERIS, QVI [*ante nuptialia inſtrumenta quidem concepti, ſed iis ante ipſorum natiuitatem interpoſitis*] EX EODEM MATRIMONIO POSTEA FVERINT PROCREATI, SIMILITER NOSTRA CONSTITVTIO PRAEBVIT.

Paraphraſis interlinearis.

XV.

a) *in fine dict. l. u.*

VA11522321